CURSO DE DIREITO ROMANO

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo

EDIÇÕES DO
SENADO FEDERAL

Volume 78

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo
Desenho mão livre por Isolda Hora Acioli

Curso de Direito Romano

. . . .

Edições do Senado Federal – Vol. 78

CURSO DE DIREITO ROMANO

História. Sujeito e Objeto do Direito.
Instituições Jurídicas

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito do Recife, doutor em Direito, professor substituto de Direito Romano, História Geral do Direito e Direito Internacional Privado e professor catedrático de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, doutor em Jurisprudência pelas Universidades de Buenos Aires e de São Marcos de Lima, vice-presidente do Congresso Científico Pan-Americano de 1924, natural do Maranhão.

Prefácio do professor
Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida,
catedrático de Direito Civil da Universidade do Rio de Janeiro.

Brasília – 2006

EDIÇÕES DO
SENADO FEDERAL
Vol. 78

Projeto gráfico: Achilles Milan Neto

Congresso Nacional
Praça dos Três Poderes s/nº – CEP 70165-900 – DF
CEDIT@senado.gov.br
Http://www.senado.gov.br/web/conselho/conselho.htm

Lobo, Abelardo Saraiva da Cunha.

Curso de Direito Romano : história, sujeito e objeto do direito : instituições jurídicas / Abelardo Saraiva da Cunha Lobo ; prefácio do professor Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LVI + 666 p. – (Edições do Senado Federal ; v. 78)

1. Direito Romano. I. Título. II. Série.

CDDir. 344

Sumário

Nota para esta Edição

UM DOS primeiros projetos do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, fundado em 1981, foi a reedição, agora providenciada pelo Senado Federal, do Curso de Direito Romano de Abelardo Saraiva da Cunha Lobo.

Na atividade daquele Centro de Estudos, no âmbito do convênio UnB-ASSLA (*Associacione di Studi Sociali Latinoamericani*), os encontros de professores italianos e brasileiros de Direito Romano sempre deram ênfase, segundo o magistério do Professor Pierangelo Catalano, à concepção de Abelardo Lobo na visão unitária do Direito Romano "desde as *leges regiae* até a formação do Direito Ibero-Americano".

Aspecto relevante da trajetória de Abelardo Lobo e da sua importância reside, ainda, na atenção dispensada ao *ius publicum*. Tal circunstância não passou desapercebida na pesquisa sobre o pensamento romanista brasileiro, realizada sob o pálio do Intercâmbio Cultural Brasil-Itália, Convênio entre o *Consiglio Nazionale Delle Ricerche D'Italia* (CNR) e o Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq).[1]

Na parte do Direito Público Romano, anotou-se:

> "Abelardo Saraiva da Cunha Lobo publica o texto de sua conferência no salão da Biblioteca Nacional, em 13 de julho de 1916, quando, cumprindo os Estatutos da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, dá uma aula inaugural. [Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, "Morphologia do direito romano. A magistratura e os grandes magistrados", *Revista da Faculdade Livre de Direito da Cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 12:57-75, 1916]. Nesse texto de Abelardo Lobo, todo ele de direito público romano, há uma espécie de glosa de todo o início do *Digesto*, com uma importante colocação sobre o texto atribuído a Ulpiano (o direito público consiste no que diz respeito às coisas sagradas, às do sacerdócio e às da magistratura). Lobo afirma ser para lamentar que o eminente jurisconsulto, esquecendo a sábia tripartição de Gaius (*Omne autem ius quo utimur, vel*

1 Ver *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série, n. 8, Brasília: UnB-Faculdade de Direito, 2001, onde se publica o histórico e uma amostragem da pesquisa com uma bibliografia brasileira de direito romano, a mais completa possível até aquela data.

ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones), que abrange todo o direito romano, tivesse considerado o Ius Civile como matéria exclusivamente de direito privado, quando é certo que a rigorosa significação da expressão *Ius Civile* compreende a matéria de um e de outro direito, pois que nele encontramos princípios reguladores das coisas sagradas, das dos sacerdotes e das dos magistrados. Tanto é assim que Papinianus ensina que o *Ius Civile* é o que provém das leis, dos plebiscitos, dos senatusconsultos, dos decretos dos príncipes e da autoridade dos jurisconsultos, e não há quem ignore que são estas as mais fecundas fontes do direito público e do direito privado dos romanos. Abelardo Lobo explica toda a história das magistraturas romanas a partir da administração de justiça por elas assumida. Esse texto de 1916 tem importância pelo registro do fato de que a Faculdade de Direito do Rio de Janeiro organizara em 1915 uma conferência pública, também proferida por Abelardo Lobo, intitulada Fisiologia do Direito Romano. A sístole e a diástole, a qual se completava com essa de 1916: morfologia do direito romano. Para tanto, Abelardo Lobo utiliza-se de vários textos do *Digesto*, referindo-se sempre ao livro de Pompônio para fazer o elogio dos jurisconsultos."[2]

Por tudo isso, a reedição do livro de Abelardo Lobo, que já contava com o admirável prefácio de Lacerda de Almeida e, agora, vem enriquecido pelas notas de Pierangelo Catalano, constitui motivo de grande alegria para os juristas brasileiros, indicando auspícios favoráveis ao desenvolvimento do direito brasileiro em consonância com as sua origens culturais.

Somos gratos ao Senado Federal e ao seu Conselho Editorial por mais essa patriótica contribuição às letras jurídicas.

Brasília, 18 de setembro de 2006.

Ronaldo Rebello de Britto Poletti
Diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e
Sistemas Jurídicos da UnB
Presidente da União dos Romanistas Brasileiros – URBS

---

2 Ronaldo Poletti. "O direito público romano no Brasil". Parte da pesquisa sobre o pensamento romanista brasileiro. Brasília: UnB-Faculdade de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, n.8, p. 98.

Abelardo Lobo e o Romanismo Jurídico Latino-Americano

PIERANGELO CATALANO
Università di Roma 'La Sapienza'

1. DESDE AS *LEGES REGIAE* ATÉ A FORMAÇÃO DO DIREITO IBERO-AMERICANO

DENTRO *de cada sistema jurídico (por ex.: o sistema romanista) podem-se individualizar subdistinções também à base de elementos étnicos (por ex.: "direitos dos povos latinos" e "direitos dos povos germânicos").*[1] *Como é sabido, discute-se muito a possibilidade de individualizar, no interior do sistema romanista, um "grupo" (ou "família jurídica") "ibero-americano", compreendendo também Espanha e Portugal*[2] *ou, antes, em razão de particulares*

1 Vedi J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental,* Madrid 1956, pp. 31 ss.

2 Ver H. EICHLER, "Die Rechtskreise der Erde", *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas,* IV, Pamplona 1969, pp. 307 ss.; ID., *Gesetz und System,* Berlim 1970, pp. 76 ss.; ID., "Codificación de derecho civil y teoría de los sistemas de derecho", em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* 68 (1973), pp. 243 ss.; este

condições geográficas, econômicas, sociais e políticas da América Latina, um "grupo latino-americano".[3] *Em minha opinião, a segunda alternativa é preferível porque permite melhor compreender o problema da penetração (não só econômica, como também jurídico-política) dos Estados Unidos da América, assim como a resistência dos direitos dos países latino-americanos.*[4]

---

se baseia, em relação a algumas «áreas jurídicas", no "elemento determinante" lingüístico. J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, pp. 45-76, falava de "sistemas jurídicos de filiación ibérica" (do qual faz parte o "grupo ibero-americano") nos quais não incluía Haiti: "país latino-americano, que puede ser adscrito al sistema francés"; analogamente F. DE SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación al derecho comparado,* Barcelona 1954, pp. 233 ss.

3 Assim já CLÓVIS BEVILÁQUA no famoso *Resumo das Lições de legislação comparada sobre o direito privado,* II ed., Bahia 1897 (I ed. 1893), pp. 101 ss.; sobre Clóvis Beviláqua, romanista e comparatista, ver brevemente S. MEIRA, *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra,* Fortaleza 1990, pp. 345 ss. Nesta linha deve-se mencionar H. VALADÃO, *Le droit latino-américain,* Paris 1954; R. DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine,* Paris s. d.

4 Ver *Diritto romano e università dell'America Latina,* volume speciale di Index, 4 (1973); P. CATALANO, "Diritto romano e paesi latinoamericani", em *Labeo,* 20 (1974), pp. 433 ss.; ID., "Il diritto romano attuale dell'America Latina", em *Index,* 6 (1976), pp. 87 ss.; ID., "Derecho romano y países latinoamericanos, em *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 79/6 (diciembre 1979), pp. 637 ss; ID., "Sistemas jurídicos, sistema jurídico latinoamericano e direito romano", em *Direito e integração,* coord. J.F. PAIS LANDIM, Brasília 1981, pp. 18 ss. (ver também em *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 85/3 [septiembre 1982], pp. 161 ss.); ID., "Direito romano na América Latina: difusão e atualidade", em *Seminários de Direito Romano,* coord. J.F. PAIS LANDIM, Brasília 1984, pp. 13 ss.; H. A. STEGER, "Die Bedeutung des Römischen Rechts für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert", em *Index,* 4 (1973), pp. 22 ss. (publicado em tradução castelhana em *Universidades,* 54 [México 1973]; *Latinoamérica, Anuario,* 6 [México 1973]; *Revista de la Universidad Externado de Colombia,* 20/1 [Bogotá 1979]); ID., "Universidad de Abogados y Universidad futura", em *Index* cit., pp. 59 ss., e as intervenções do "Primo incontro di studi *latinoamericani",* ibid., pp. 97, 98 s., 104 ss., 108 ss., 112 ss., 126 s.; ver também *Lateinamerika,* hrsg. v. G. SANDNER u. H.A. STEGER (= Fischer Länderkunde 7), Frankfurt a. M. 1973, pp. 261 ss.;

O romanista brasileiro Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, no III volume do importante e original Curso de Direito Romano, *editado no Rio de Janeiro em 1931, dedicou um título inteiro ao "Direito Ibero-Americano", tratando porém, segundo o exemplo de Beviláqua, de todas as "nações latino-americanas", incluindo a República do Haiti.*[5]

Em fins do século XIX, Clóvis Beviláqua (seguindo o comparatista francês Ernest Glasson) distinguia três grupos de legislações: aquelas em que as influências romana e canônica são "quase nulas" (Inglaterra, Países Escandinavos, Estados Unidos da América e Rússia); aquelas que assimilaram o Direito romano "de um modo mais ou menos radical" (Espanha, Portugal, Itália, Romênia); aquelas em que o elemento germânico e o romano acabaram por fundir-se "por quantidades quase iguais" (França, Alemanha, Bélgica e Suíça).[6] *Segundo Beviláqua "esses grupos contribuem, mais ou menos nitidamente, três faixas que se estendem uma ao norte, outra ao centro e outra ao sul da Europa"*[7] *e acrescenta: "Necessário se faz que a esses seja aditado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-america-*

---

cfr. pp. 12 e 17 acerca do uso dos conceitos de "dependencia", "dominación" e "penetración" ("Abhängigkeit", "Fremdbeherrschung", "Entfremdung").

5 A. Saraiva da Cunha Lobo, *Curso de Direito Romano. História, Sujeito e Objeto do Direito. Instituições Jurídicas*, III, *Influência universal do Direito Romano*, Rio de Janeiro 1931, pp . 10-17; 171-200.

6 Ver C. Beviláqua, *Resumo das Lições de legislação comparada sobre o direito privado* cit., pp. 69 ss. Análoga classificação em C.L.M. de Oliveira, *Curso de Legislação comparada,* Rio de Janeiro 1903: no "grupo de legislações em que o direito romano predomina" (pp. 229 ss.) é recordada também a Grécia; naquele "em que se combinam os elementos romano e costumeiro" (pp. 391 ss.) são considerados, além da Áustria-Hungria, também Sérvia, Montenegro, Bulgária, Turquia (pp. 539 ss.); sucessivamente são dadas algumas noções sobre o Principado de Mônaco, sobre Andorra e sobre San Marino (p. 552).

7 C. Beviláqua, *Resumo das Lições de legislação comparada sobre o direito privado* cit., p. 73 n.º 1. Analogamente C. L. M. de Oliveira, *Curso de legislação comparada*, cit.

nos, dos quais não cogitou o sábio jurista francês, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das três categorias enunciadas, porque, provindo elas de fontes européias aparentadas proximamente entre si (direito português e espanhol), modificaram diversamente esse elemento comum, por suas condições próprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente franceses. E por desprender-se de países novos, essencialmente democráticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraiasse mais à larga".[8]

A definição de um "grupo latino-americano" (isto é: das "legislações dos povos latino-americanos", segundo as palavras de Beviláqua) caracteriza, portanto, os estudos jurídicos comparativos no Brasil, desde o século XIX; e aqui o ponto de vista para a definição dos "grupos" de legislações é o de maior ou menor presença do "elemento romano".[9] *O mesmo ponto de vista comparativo encontramos no* Curso de Direito Romano *de Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, editado no Rio de Janeiro em 1931: os primeiros dois volumes da obra examinam a "organização" do Direito Romano e, portanto, a sua "expansão" (e as "causas do seu desenvolvimento");*[10] *o terceiro volume trata da "influência universal do Direito Romano", com particular referência às codificações modernas, traçando as características do "direito ibero-americano" nesta perspectiva ("desde as* leges regiae *até a formação do Direito Ibero-Americano").*[11]

---

8 C. BEVILÁQUA, *op. cit.*, pp. 73 s.

9 Sobre o critério geográfico de Beviláqua v. algumas observações: A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso de Direito Romano* cit., III, pp. 10-17.

10 A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso de Direito Romano. História, Sujeito e Objeto do Direito. Instituições Jurídicas*, I - II, Rio de Janeiro 1931.

11 A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso de Direito Romano* III, Rio de Janeiro 1931, pp. 171 ss. (pp. 201 ss. em particular sobre o direito brasileiro).

2. Romanismo latino-americano

O "grupo ibero-americano" (dentro do mais amplo "sistema romanista") foi caracterizado por Castán Tobeñas como marcadamente "universalista" (em contraposição ao "espírito nacionalista que escraviza a Europa");[12] *tal aspecto universalista da mentalidade dos juristas latino-americanos está delineado também por René David.*[13]

A partir deste ponto de vista, percebe-se o relevo ideológico e social do elemento básico romanístico e, conseqüentemente, da sua capacidade de resistência.

A continuidade entre o antigo direito romano e os direitos das novas repúblicas hispano-americanas foi afirmada com força, de maneira programática, por Andrés Bello: "Herederos de la legislación del pueblo-rey, tenemos que purgala de las manchas que contrajo bajo el influjo maléfico del despotismo; tenemos despejar las incoherencias que delustran una obra a que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias. Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas" (Discurso pronunciado na instalacão da Universidade do Chile, em 17 de setembro do ano de 1843.) A posição do grande jurista e humanista venezuelano prevaleceu sobre

---

12 J. Castán Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* cit., pp. 61 ss.; cfr. 27 s.. Sobre o universalismo jurídico de José Castán Tobeñas ver A. Paul Pedrón, "Castán comparatista" em E.M. Palomar Maldonado (editor), *El pensamiento jurídico de Castán Tobeñas*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1991, pp. 295 ss.

13 R. David, *L'originalité de droits de l'Amérique Latine* cit., pp. 4 e s.; ver também T. Ascarelli, "Diritti dell'América Latina e dottrina ialiana", em *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1949), agora em Id., *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Milano 1952, pp. 155 ss.

aquela dos adversários do direito romano[14] *e indicou depois o caminho daquelas codificações americanas em que coexistem elementos do direito napoleônico e do direito hispânico e lusitano, e que são originais na adequação à realidade atual e na ligação à antiga tradição romana. Este caminho pode ser considerado como concluído no ano de 1917, com a entrada em vigor do* Código Civil *brasileiro, elaborado por Clóvis Beviláqua.*

Qualquer que seja a perspectiva, institucional e nacional ("republicana" ou "imperial"), o caráter comum da doutrina romanística americana é a relação permanente e forte com o direito civil codificado. Na raiz deste fato está, em grande parte, a atividade científica (e política) desenvolvida por três grandes romanistas do século passado: o venezuelano Andrés Bello, o brasileiro Augusto Teixeira de Freitas e o argentino Dalmacio Vélez Sársfield, que coloram as bases da codificação do direito na área latino-americana e a realizaram, em parte, num período que podemos individualizar entre 1832 (início do ensino romanístico de Bello em Santiago de Chile) e 1871 (entrada em vigor do Código Civil *de Vélez Sársfield na Argentina)*[15]*. É conhecida a influência do* Código Civil *de*

14 Ver S. Martínez Baeza, "Bello, Infante y la enseñanza del derecho romano. Una polémica histórica 1834", em *Revista Chilena de Historia y Geografía,* 132 (1964) pp.196 ss., II ed. Bogotá 1981 (47 pp.); A. de Avila Martel, "La enseñanza del Derecho Romano en Chile. Desde sus orígenes hasta el siglo XIX", em *Romanitas,* 10 (Rio de Janeiro 1970), pp. 181 ss.

15 Sobre os estudos romanísticos e a obra de codificação do direito civil feita por estas grandes figuras da história jurídica (e política) da América Latina existe uma ampla literatura. Limitar-me-ei a citar: H.E. Yntema,"Introducción" a A. Bello, *Derecho romano* (*Obras completas de A. Bello,* 14), Caracas 1959, pp. xi-lvi; H. Hanisch Espíndola, "El derecho romano en el pensamiento y la docencia de don Andrés Bello", em *Revista de estudios histórico-jurídicos,* 3 (1978) pp. 149 ss. (e in *Studi Sassaresi,* s. III, 5, [1977-78], pp. 21 ss.); A. Guzmán Brito, "Ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista", em *Archivio giuridico,* 195 (1978), pp. 145 ss.; S.A.B. Meira, "O pensamento criador de Teixeira de

Andrés Bello (promulgado no Chile em 1855, com entrada em vigor em 1857) sobre os códigos civis dos países do litoral do Oceano Pacífico (particularmente Equador, Colômbia, Nicarágua, Honduras, El Salvador)[16]*; da mesma forma é conhecida a influência do* Esboço *(do Código Civil do Brasil) de Freitas (1860-1863) sobre o* Código Civil *de Tristán Narvaja no Uruguai (1868) e sobre o* Código Civil *de Vélez Sársfield (com entrada em vigor também na República do Paraguai a partir de 1877), além de que, indiretamente e em menor quantidade, no* Código Civil *brasileiro de 1917.*[17]

Freitas", em *Revista da Consultoria Geral do Estado,* Belém, Pará, 1 (1972) (re-publicado em Id., *Novos e velhos temas de direito* cit. pp. 247 ss.); Id., *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do Império,* Rio de Janeiro 1979 (2ª edição revista e aumentada, Brasília 1983); A. Díaz Bialet, *El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield,* 3 vol., Córdoba (Argentina), 1949-1952; V. Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas,* Buenos Aires 1977; A. Díaz Bialet, "La transfusión del derecho romano en la Argentina (S. XVI-XVIII) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil argentino (1864-1869)", em *Studi Sassaresi,* s. III, 5 (1977-78), pp. 251 ss.; A. Levaggi, "La formación romanística de Dalmacio Vélez Sársfield", *ibid.,* pp. 317 ss.; J.M. Castán Vázquez, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas,* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1984; S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune.* Ristampa accresciuta (Studi su origine e attualità del sistema romano, 2), Giappichelli, Torino 1999, pp. 279 ss.; 319 ss.

16 Vedi L. Moisset de Espanés, *Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas,* Córdoba (Argentina) 1973, pp. 8; 15. Sobre a distinção entre códigos civis dos Estados do Pacífico (ou senão dos Andes) e os códigos civis dos Estados do Atlântico meridional, v. H. Valadão, *Le droit latino-américain* cit., pp. 15 ss.

17 A. Saraiva da Cunha Lobo, *Curso de direito romano* cit., III, p. 218; H. Valadão *Le droit latino-américain* cit., pp. 17 ss.; Id., "Teixeira de Freitas, jurista excelso del Brasil, de América, del mundo", estr. da *Lecciones y Ensayos,* Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1/2 (1961). Cfr. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por* Clóvis Beviláqua, I, 1940, rist. Rio de Janeiro 1979, I, pp. 15 s. e *passim;* Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* (I ed. 1928) II ed. Rio de Janeiro 1981, pp. 80 ss.; 456; S. Meira, "Andrés Bello e Teixeira de Freitas em face das codificações civis do Chile e do Brasil", em *Estudos em homenagem ao prof. Doutor A. de Arruda Ferrer Correia,* Coimbra 1984 (separata 1989).

A própria formação dos códigos dos quais são autores Andrés Bello e Dalmacio Vélez Sársfield permite evidenciar algumas características do conteúdo: acentuadamente doutrinário (do Código Civil *de Vélez Sársfield fazem parte integrante as notas)*[18] *e mais fortemente romanístico, em muitos pontos, do que os próprios códigos europeus.*[19] *Por outro lado, não se deve pensar que tal romanismo fosse estranho à consciência jurídica comum; um ilustre estudioso argentino observou (referindo-se ao instituto romano da herança jacente, não recepcionado pelo* Código Civil *de Vélez Sársfield, porém introduzido na vida judiciária): "no solo nuestro Código Civil es el más romanista de los códigos modernos sino que, cuando se ha aparado de nuestra tradición romanista, la vida jurídica, impregnada de ella, ha sido más fuerte que aquél, y los principios romanos han prevalecido sobre las normas legales que respondian a una doctrina exótica a nuestro ambiente jurídico".*[20] *Andrés Bello tinha apresentado, com a usual rapidez de*

---

18 V. A. Cháneton, *Historia de Vélez Sársfield,* 1938, rist. Buenos Aires 1969, pp. 418 s. Não obstante uma sentença da Corte Suprema de 1934, não se considera, geralmente, que as «notas» tenham a mesma hierarquia normativa das "leyes": ver G.L. Allende, "Sobre las Notas del Código Civil", *in La Ley,* Buenos Aires, 9 de agosto de 1971, t. 143, pp. 1-5; L. Moisset de Espanés, "Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino", em *Studi Sassaresi,* s. III, 5 (1977-78), pp. 445 ss.

19 V. in generale L. Moisset de Espanés, *Derecho civil español y americano* cit. Riguardo, in particolare, alle obbligazioni naturali, vedi Id., *Obligaciones naturales y deberes morales. Estudio de derecho comparado,* Córdoba 1968, pp. 41ss.; Id., *Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino,* Córdoba 1967; Id., *Obligaciones naturales y deberes morales,* Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Buenos Aires 1998, pp. 125 ss; cfr. L. de Gasperi, *El régimen de las obligaciones en el derecho latinoamericano,* Buenos Aires 1960, pp. 79 s.; 131 s.

20 E.R. Elguera, "La influencia del Derecho Romano en nuestra vida jurídica", in *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires,* año VII, Tercera época, 30 (luglio-ottobre 1952) pp. 725 ss.; Id., "Influencia del derecho romano en el Código civil argentino", in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz,* II, Napoli 1953, pp. 405 ss.

síntese, o ambiente jurídico anterior à codificação: "Los que lo miran [el Derecho Romano] como una legislación extranjera, son extranjeros ellos mismos en la nuestra" *(artigo em* El Araucano, *n.º 184, de 21 março de 1834).*[21]

A concepção, comum entre os romanistas latino-americanos, do direito romano como "substancia viva del derecho"[22] *tem multíplices implicações e conseqüências, seja no plano da pesquisa científica, seja no plano do ensino.*

3. Tradição romanista brasileira: José da Silva Lisboa e Augusto Teixeira de Freitas

No Brasil foi mantido por mais tempo o direito não codificado e portanto o direito justinianeu como fonte de caráter subsidiário[23]*; e o próprio* Código Civil *de 1917, art. 1.807, permitia argumentar que "o Direito Romano é ainda lei federal nos casos*

---

21 Cfr. S. Martínez Baeza, "Bello, Infante y la enseñanza del derecho romano" cit. (II ed.), pp. 29 ss.

22 A expressão é de M. Sussini, "Los estudios de Derecho romano", em *La Ley,* 88, Sec. doctrina, pp. 903 ss.: "Nuestra ciencia, aunque histórica, no es ciencia arqueológica que deba operar sobre un cadaver. El Derecho romano es substancia viva del derecho de la mayor parte de los paises civilizados". Para uma visão mais ampla do pensamento deste autor, v. C. Mouchet – M. Sussini, *Derecho hispánico y "common law" en Puerto Rico,* Buenos Aires 1953. Do ponto de vista da filosofia da história que se inspira em Ortega y Gasset, H. Vázquez, "Razón y presencia del derecho romano en nuestros días", em *Boletin de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* Universidad Nacional de Córdoba, 35 (1971) pp. 59-81, conclui: "el Derecho Romano existe en nuestros dias". V. Também as conferências de O.A. Ghirardi, M. Martínez Casas, A. Díaz Bialet, em *I Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, con el auspicio de la Universidad Nacional de Córdoba,* Córdoba 1977 (particularmente na p. 39 a crítca à Scialoja).

23 Ver S. A. B. Meira, "Sobrevivência do Direito Romano no Brasil", em *Études offertes à Jean Macqueron,* Aix-en-Provence 1970, pp. 487 ss. (republicado em *Novos e velhos temas de direito,* Rio de Janeiro 1973, pp. 169 ss.).

omissos da legislação civil pátria"[24]. *Paradoxalmente foi aqui, na primeira metade do século XIX, mais áspera a discussão sobre o ensino do direito romano*[25].

A instituição de uma cátedra de direito romano tinha sido sustentada, na Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, por um dos maiores juristas do Império do Brasil, José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu, segundo uma posição "liberal" caracterizada por um sentido católico e jusnaturalista[26]: *"Importa, pois, que os que devem influir nas classes menos instruídas venham fazer estudos e firmar o espírito do nosso sistema na Roma Americana" (discursos de 27 e 28 de agosto de 1823)*[27]. *Examinei em outra sede a idéia de "Roma Americana"*[28].

O romanismo de Augusto Teixeira de Freitas foi extremamente consciente; limitar-me-ei em citar uma frase: "não me podeis fazer maior honra, do que chamando-me romanista. Nas leis e doutrinas

---

24 Ver A. Saraiva da Cunha Lobo, *Curso de direito romano,* cit., III, pp. 251 ss.

25 Ver Câmara dos Deputados, *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras,* Brasília 1978 (escritos de A. Wander Bastos, J. de Arruda Falcão Neto, N. Pereira, T. Sampaio Ferraz Júnior); cfr. a coletânea de textos: Senado Federal, *O poder legislativo e a criação dos cursos jurídicos* (de A. Valderez Aires Neves de Alencar), Brasília 1977 (v. "indice temático", p. 400).

26 Ver J. de Arruda Falcão Neto, "Os cursos jurídicos e a formação do Estado nacional", em *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras* cit., p. 87. Sobre José da Silva Lisboa ver H. Viana, *Contribuição à História da Imprensa Brasileira (1812-1869),* Rio de Janeiro 1945, pp. 359-446; F.C. San Tiago Dantas, *Figuras do Direito,* Rio de Janeiro 1962, pp. 1-20. Bibliografias se encontram em A. Paim, *Cairu e o liberalismo económico,* Rio de Janeiro 1968, e em A. Penalves Rocha (org.), *José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu,* Editora 34, São Paulo 2001.

27 *Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil,* n. 62, pp. 648 ss.; n. 63, pp. 655 s. Cfr. As coleções de textos: Senado Federal, *O poder legislativo e a criação dos cursos jurídicos* cit., p. 33; Congresso. Câmara dos Deputados, *Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil,* Brasília 1977, p. 35.

28 Ver P. Catalano, "Império, povo, costumes, lugar, cidadania, nascituros (alguns elementos da tradição jurídica romano-brasileira)", em *Estudos de Direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva,* coord. E.R. Grau e S.S. da Cunha, São Paulo 2003, pp.134 ss.

do direito romano está depositada toda a filosofia do direito" ("Carta" de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, 22 de outubro de 1857)[29]. *Por outro lado, este romanismo permitia considerar criticamente e ultrapassar as codificações européias. Afirmou-se por exemplo: "Freitas fue un jurista cuyas ideas estaban en avance respecto de los juristas europeos. Fue el precursor del sistema de una parte general en el Código, antes que Alemania, y de la unificación de las obligaciones civiles y comerciales antes que Suiza"*[30]. *Teixeira de Freitas, como se sabe, reportava a idéia de um "Código Geral" aos títulos 16 e 17 do livro L dos* Digesta *de Justiniano ("Carta" ao Ministro da Justiça, Martim Francisco Ribeiro de Andrada, 20 de setembro de 1867)*[31].

Também com Teixeira de Freitas o romanismo contribui à unidade jurídica da América Latina. Palavras de Pontes de Miranda: "A América do Sul, podemos dizer, tem, praticamente, um direito: o que surge, trazido pela tradição ou elaborado pelo gênio legislativo de Teixeira de Freitas, nos quase cinco milheiros de artigos do Esboço"[32]. *O romanismo se desenvolveu no Brasil filtrado*

---

29 O texto da carta está reproduzido integralmente em S. Meira, *Teixeira de Freitas* cit. pp. 151-161. Tratava-se de interpretação do *Corpus Juris* em matéria de *status libertatis:* v. S. Meira, *op. cit.*, pp. 148-174.

30 F. de Solá Cañizares, *Iniciación al derecho comparado* cit., p. 233, n. 2; cfr. H. Valadão, "Teixeira de Freitas" cit.

31 Publicada recentemente em *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* 1 (São Paulo, julho-setembro 1977) pp. 362 ss.; e em S. Meira, *Teixeira de Freitas* cit., II ed., pp. 352 ss. A este propósito devem ser lembradas também as seguintes duas obras de Teixeira de Freitas, *Regras de direito,* Rio de Janeiro 1882; *Vocabulário jurídico com apêndices* ("I Logar e Tempo, II Pessoas, III Cousas, IV Fatos"), Rio de Janeiro 1883: aqui se atinge também a máxima distância das noções concretas do antigo direito romano, como aquela de *persona* (*Vocabulário* cit., pp. 306, 382, 387).

32 Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro 1981, p. 456; cfr. J.C. Moreira Alves, "O romanismo de Pontes de Miranda", em *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*, a cura di G. Carcaterra, M. Lelli, S. Schipani ("Roma e America. Collana di studi giuridici latinoamericani", 2), Cedam, Padova 1989, pp. 1 ss.

pelo "germanismo" da Escola do Recife, da qual um dos expoentes é Abelardo Lobo[33].

4. O Curso de Direito romano de Abelardo Lobo

Abelardo Lobo, ilustre jurista e patriota republicano, nasceu em São Luís (Maranhão) em 1869 e morreu no Rio de Janeiro em 1933. Desde 1915, foi catedrático de Direito romano na atual Universidade Federal do Rio de Janeiro[34].

O Curso de Direito romano *de Abelardo Lobo pode ser considerado como uma síntese em ambos os planos supra mencionados: aquele da pesquisa científica e aquele do ensino.*

A obra, que leva como subtítulo História. Sujeito e objeto do direito. Instituições jurídicas, *deveria ter constado de oito volumes. A morte interrompeu o trabalho quando tinham aparecido somente os três volumes da* História. *Não é aqui o lugar para fazer uma análise aprofundada sobre a estrutura deste Curso, que, como escreve Abelardo Lobo, percorre "o longo e difícil caminho...desde as* leges regiae *até a formação do* Direito Ibero-Americano"[35]. *Já os*

33 Ver C. Beviláqua, *História da Faculdade de Direito do Recife* (I ed. 1927), II ed., Brasília 1977, p. 373; 377; cfr. J.C. Moreira Alves, "O romanismo de Pontes de Miranda" cit., p. 10, a propósito da observação de Abelardo Lobo de que os quatro quintos dos artigos do Código civil de 1917 "são produtos de cultura romana".

34 Os três volumes do *Curso de Direito Romano* de Abelardo Lobo foram impressos em 1931; os escritos menores foram reimpressos no volume *Abelardo Lobo (Sentimento e ação). In Memoriam,* Rio de Janeiro 1934, onde encontram-se os principais dados biográficos; ver J. F. Velho Sobrinho, *Dicionário Biobibliográfico Brasileiro,* I, Rio de Janeiro 1937. Sobre a atividade científica de Lobo ver F. de P. Lacerda de Almeida, "Prefácio" a A. Saraiva da Cunha Lobo, *Curso de Direito Romano* cit., I, pp. xi-xxxv, e o necrológio do conhecido comparatista argentino E. Martínez Paz, "Abelardo Lobo (1869-1933). Romanista brasileño", em *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba,* 20/3-4 (Mayo y Junio de 1933).

35 A. Saraiva da Cunha Lobo, *Curso de Direito Romano* cit., III, p. 201.

títulos dos três volumes deixam por outro lado intuir a vasta complexidade da obra: vol. I, Organização do Direito romano; *vol. II,* Expansão do Direito romano. Causas do seu desenvolvimento; *vol. III,* Influência universal do Direito romano.

A complementaridade dos pontos de vista dos volumes I e II ("Organização" e "Expansão") admite uma interessante interseção cronológica: a organização do direito romano realiza-se através da compilação de Justiniano; a expansão inicia-se com o imperador Constantino e a influência do Cristianismo. As causas do desenvolvimento são vistas, além da influência do Cristianismo, nas legislações do Ocidente e do Oriente (vol. II, tít. II), particularmente da Península Ibérica (tít. III), e com referência à Ley de las Siete Partidas *(tít. IV), bem como nas escolas de direito de Pávia a Ravena e Bolonha até os humanistas (tít. V). A influência universal do direito romano é considerada nas legislações dos vários países, em particular de Portugal (tít. I e II), no direito canônico e no direito germânico (tít. III); no direito ibero-americano e, notadamente, no direito brasileiro (tít. IV e V); também a matéria do III volume cruza-se cronologicamente com a do volume II.*

Esta ampla visão histórica de direito romano, das leis régias ao direito ibero-americano, pressupõe de maneira clara[36] *a reflexão comparativa realizada, já no final do século XIX, por Clóvis Beviláqua. Por outro lado, Beviláqua, autor do projeto de* Código civil *de 1917, fará referência à obra de Abelardo Lobo*[37].

5. Direito romano atual da América Latina

Confirma-se que a perspectiva (científica e didática) latino-americana tem sua raiz profunda no romanismo e que, por ou-

36 A. Saraiva da Cunha Lobo, *Curso de Direito Romano* cit., III, pp. 10 ss.

37 Vide C. Beviláqua, "Spengler e o direito romano" (1934), ora em Id., *Obras filosóficas*, Ed. da Universidade de São Paulo, vol. II, São Paulo 1976, pp. 229-241 (partic. p. 239).

tro lado, o romanismo leva ao reconhecimento da autenticidade latino-americana. Por causa disso, ainda que à falta dos instrumentos historiográficos próprios da romanística européia (ou talvez mesmo graças a tal falta...), são evitados os riscos de "niilismo" da escola crítica contemporânea[38] *e principalmente os de rebaixamento do estudo do direito romano entre a "histoire générale du droit" (de marca francesa*[39]*), ou a "antike Rechtsgeschichte" (de marca alemã*[40]*) ou as "ciências históricas" (tentação italiana de origem essencialmente idealista). A discussão, tipicamente européia, sobre "Historisierung" ou "Aktualisierung" do direito romano*[41] *é superada na América*

---

38 Uso a feliz expressão de S. Riccobono, "Nihilismo critico-storico nel campo del diritto romano e medievale", em *Annuario dell'Università di Palermo*, 1929-1930, pp. 17 ss. Com outros termos, uma adesão à posição de Riccobono é claramente formulata por A. Díaz Bialet, *Valor actual del derecho romano en los Estados Unidos*, Córdoba 1947.

39 Sobre esta experiência françesa v. A. Fernández Barreiro, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoleón*, Madrid 1970, pp. 72 ss., 90 ss., 108 ss. No que concerne aos aspectos didáticos ver as observações críticas de V. L. da Nobrega, *Subsídio para fixar as diretrizes do ensino jurídico no Brasil*, Rio de Janeiro 1962, pp. 20 s.

40 Quanto à experiência alemã, é significativo que Leopold Wenger (o qual pode ser considerado como o iniciador da "Antike Rechtsgeschichte") tenha, em 1947, acolhido a posição de Koschaker: "Ad pristinum statum dignitatis iurisprudentiam Romanam nec sagacissima interpolationum pervestigatio nec iuris classici redintegratio nec papyrorum vel titulorum cuneis incisis scriptorum studia nec historia iuris antiqui redigere possunt, sed renovatio tantum usus moderni pandectarum strenuo animo perfecta, quem fundamentum iuris universalis futurum esse homines communitatem omnium totius orbis terrarum gentium exspectantes sperare numquam desistent neque desinent": L. Wenger, "*Qui status futurus sit iuris romani*" (discurso de conclusão), em *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto. Verona 27-29 settembre 1948*, I, Milano 1953, p. XLVII; sobre o tema cfr. E. Genzmer, em *ZSS*, 80 (1950), p. 609.

41 V., por exemplo, G. Pugliese, "Diritto romano e scienza del diritto", em *Annali della R. Università di Macerata*, 15 (1941), o qual concluía: "Richiamare la dottrina romanistica al suo compito istituzionale di fornire contributi alla teoria generale del diritto, in un senso alquanto diverso dall'attualizzazione del diritto romano proposta dal Koschaker, mi sembra il mezzo più idoneo per restituire alla nostra disciplina il suo interesse attuale" (*op. cit.*, p. 48). Tal posição corresponde só em parte àquela latino-americana.

Latina, de maneira implícita, pela afirmação vital segundo a qual o direito romano é "substancia viva del derecho".

O romanista argentino Augustín Díaz Bialet escreveu de maneira incisiva, com relação ao debate sobre o valor do direito romano: "Probada su recepción definitiva, probado que él está en el derecho actual, que es actual, que es la norma misma muchas veces, ya la discusión acerca del valor del Derecho Romano es ociosa, y la actitud metódica es estudiarle para captar su valor científico"[42]*; e precisou: "La sistemática relación científica entre el* Corpus Iuris Civilis *y las instituciones civiles del Código* no son expresiones de una tradición romanística: *sino la presencia real y organizada del Derecho Romano en el Código Civil Argentino. [...] No se puede considerar al Derecho Romano como un derecho histórico, pues esto, implica escindir un proceso científico constante tal cual es el desarrollo unitario de la ciencia del Derecho principalmente en el derecho privado civil"*[43].

A forte conexão e a superposição das noções de "direito romano", "romanismo", "direito atual", são portanto características do pensamento histórico-jurídico latino-americano, e elemento integrante da sua originalidade (e da originalidade de todo o sistema jurídico latino-americano). Não pretendo detectar uma concepção unitária do "direito" ou do "direito romano nos romanistas latino-americanos dos séculos XIX e XX; é óbvio que não existe uma tal visão unitária. Quero porém salientar que da grandeza espaço-temporal da tradição romana (ou do romanismo) na América, chega uma mensagem que

---

42 A. Díaz Bialet, *La recepción del derecho romano en la Argentina,* Córdoba 1951, p. 53 ("Tercera Parte: Conclusiones sobre el método de interpretación y la política jurídica"); cfr. Id., "La crisis del derecho y la crisis del derecho romano", em *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli,* I, Torino 1960, pp. 547 ss.

43 A. Díaz Bialet, "La transfusión del derecho romano en la Argentina" cit., pp. 281, 293.

visa a eliminar, ou, pelo menos, considerar criticamente, as cristalizações (gostaria de dizer incrustações) conceituais européias, posteriores às codificações, que separam noções tais como direito romano ("histórico"), tradição romanística e direito atual.[44]

No plano do ensino, a concepção do direito romano como "substancia viva del derecho" implica uma forte atenção para o direito justinianeu. É, no fundo, uma maneira de afirmar, novamente, o fato de que, no final do século passado, Contardo Ferrini explicava aos alunos, apresentando as diferenças entre os ensinamentos romanísticos na França, na Alemanha e na Itália: "Quem estuda, com critérios práticos, o direito romano, quem não o considera como um resto arqueológico, mas como organismo vivo, não pode deixar de preferir à forma esplêndida do Direito romano clássico a substância mais evoluída do Direito romano justinianeu, que ainda sentimos palpitar no fundo dos nossos institutos jurídicos, infundindo-lhes uma perene juventude"[45].

Vou apresentar somente algumas indicações desta forte atenção para o direito justinianeu no ensino do Direito romano na América Latina. Foi assinalada a utilização para fins didáticos, em vários países (México, Costa Rica, Venezuela), da tradução em língua castelhana da obra de Ortolan, Explicación histórica de las Institutas del emperador Justiniano *(cuja segunda edição francesa tinha aparecido*

---

44 Ver A. Díaz Bialet, "Tendencias actuales del estudio del Derecho Romano", em *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano,* 10-11 (1963-65) pp. 59 ss.; cfr. supra n. 38. Para uma nova discussão, baseada na doutrina italiana, ver a relação de S. Schipani, "Diritto romano e diritto attuale" (em *Klio,* 61 [1979] pp. 143 ss.) apresentada no Colóquio sobre "Römische Geschichte, Römisches Recht und aktuelles Recht" organizado na Karl Marx Universität de Leipzig em abril de 1977, em ocasião do aniversário da fundação de Roma (cfr. Labeo 23 [1977] pp. 377 ss.; *Index* 7 [1977] pp. 225 ss.); Id., *La codificazione del diritto romano comune* cit.

45 C. Ferrini, *Lezioni di Diritto romano* (raccolte dagli studenti A. Chiavelli, A. Damiani, G. Reggiori), Pavia 1898-99, p. 5.

no ano de 1842); da obra foram publicadas edições recentes na Argentina (1960; 1976).[46] *No Brasil, nos últimos cem anos, apareceram numerosas traduções das* Instituciones de Justiniano[47]. *Em Brasília, o ensino romanístico é denominado* "Direito romano das Instituições", *observando que se trata daquelas* "do imperador Justiniano" *(Anexo n° 28 do Regimento Geral da Universidade de Brasília).*

Neste conjunto científico e didático caracteristicamente latino-americano esconde-se também um grave perigo. O perigo é que, seja por uma certa falta de atenção na didática, seja por falta de pesquisa histórica, a "atualidade" do direito romano seja reduzida, ainda que inconscientemente, ao fato de que a compilação justinianéia é o precedente (para muitas normas até imediato) dos códigos da América Latina, ou, pior, que o direito romano seja reduzido a uma projeção no passado dos direitos positivos dos Estados burgueses dos séculos XIX e XX.

---

46 V. G. LOBRANO, *La enseñanza y la investigación del derecho romano en las universidades latinoamericanas*, trad. di F. Betancourt, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1976, pp.18 ss. (cfr. ID., em Index 6 (1976), *Diritto romano e università dell'America Latina*, pp. 257 ss.; S. SCHIPANI, "Sull'insegnamento delle istituzioni", em *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano, 1981, pp. 143 s.). Em geral sobre a obra de Ortolan v. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los estudios de derecho romano en Francia*, cit., pp. 35 ss. e *passim*.

47 A. COELHO RODRIGUES, *Institutas do Imperador Justiniano vertidas do latim para o português com perto de cinqüenta notas extraídas do 'Corpus Juris' e um apêndice contendo a íntegra do texto e da tradução das Novelas 118 e 127*, Recife 1879-1881; S. Vampré, *Institutas do Imperador Justiniano traduzidas e comparadas com o Direito Civil Brasileiro*, São Paulo 1915; A. CORREIA, *Institutas de Justiniano*, em A. CORREIA-G. SCIASCIA-A.A. DE CASTRO CORREIA, *Manual de Direito Romano*, II ed., vol. 2, São Paulo 1955; C. Natalim de Oliveira, *Institutas do Imperador Justiniano*, São Paulo 1952; *Instituições de Justiniano. Origem do Direito Brasileiro*, trad. de S. RIBEIRO DE SOUSA e D. MARQUES, Curitiba 1979. Uma edição latina foi elaborada no século passado por um estudioso brasileiro, E. FERREIRA FRANÇA: *Institutionum Iustiniani libri IV in usum academiarum Brasiliensium*, Lipsiae 1858. Cfr., com referência à Antônio Coelho Rodrigues e em geral, J.C. MOREIRA ALVES, "Panorama da literatura romanística no Brasil" *in Index*, 6 (1976), pp. 47; 51 e *passim*.

O remédio definitivo está na projeção da "atualidade" do direito romano no futuro, superando a fragmentação dos direitos estatais: através das codificações, além das codificações.[48]

É portanto necessário, na didática assim como na atividade científica (iurisprudentia), *retornar às fontes; com as palavras de Teixeira de Freitas:* "O Corpus Iuris *deve ser a fonte vital, onde devemos beber sempre e sem descanso."*[49] *As fontes romanas unem professores e estudantes desde Vladivostok até Buenos Aires.*

48 Cfr. as perspectivas, entre si complementares, de S. SCHIPANI, "Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas", em *Studi Sassaresi,* s. III, 5 (1977-78) pp. 589 ss.; e de J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, "La codificación como un hecho actual", em *Estudios de Derecho Civil* (libro homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés), Buenos Aires 1980, pp. 571 ss. Ver também M. A. LAQUIS, "Desde Vélez hasta la actualidad. Lesión. Abuso del derecho. Imprevisión" em *La Ley,* Buenos Aires, miércoles 12 de agosto de 1987; S. SCHIPANI, "Treinta años de diálogo con los juristas latinoamericanos", em *La Ley,* Buenos Aires, miércoles 22 de setiembre de 2004.

49 Na citata "carta" de 22 de outubro de 1857, reproduzida em S. MEIRA, *Teixeira de Freitas,* cit., pp. 142 ss. (partic. 150). Ver em geral o volume *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano,* aos cuidados de S. SCHIPANI (*Roma e America. Collana di studi giuridici latinoamericani,* 1), Cedam, Padova 1988, partic. 546 ss.

Prefácio

LACERDA DE ALMEIDA

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade do Rio de Janeiro

SEMPRE pensei e continuo a pensar que a qualidade proeminente no professor é o amor à ciência que ensina. Se a curiosidade, como disse alguém, é incentivo de todas as descobertas em qualquer das províncias do saber humano, é o amor que dá força para continuá-las e levá-las a termo.

Para tratar com perfeição qualquer assunto, disse MICHELET, *é preciso amá-lo. Os trabalhos, as desilusões, os desfalecimentos que acompanham quase sempre as investigações científicas, são, é verdade, fartamente compensados pelo prazer intelectual de haver realizado alguma coisa em prol da especialidade a que nos dedicamos; mas é o amor à ciência que faz esquecer a labuta em que moureja o investigador, os insucessos, os desgostos, tudo, porque tudo ele sacrificou nas aras dessa religião, em que se vão as forças, a saúde, e às vezes até a vida dada em holocausto aos avanços e aperfeiçoamento do saber.*

Exemplo edificante desse amor extremado à disciplina que professa, não conheço igual nem mais completo do que aquele que

nos dá a nós cultores do Direito o eminente autor do livro, que com jubilo estamos prefaciando, o Professor ABELARDO LOBO, *que tão grande lustre empresta a Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro.*

Tem, com efeito, o Professor ABELARDO LOBO *verdadeiro culto pela ciência que ensina, e por isso que lhe tem entranhado afeto, dedica-lhe o melhor do seu esforço e o tempo, que não perde nos cuidados com uma saúde precária e um organismo débil e esgotado.*

E tem fundamento o entusiasmo do ilustre catedrático pela matéria que ensina. Confesso que dos variados ramos em que se divide a nossa ciência, nenhum conheço que mais incite e desenvolva o espírito de investigação do que o Direito Romano.

O caráter de vetustez e veneranda antiguidade em que o encontramos, cerca-o do nimbo da poesia que transfigura as coisas longínquas, sem que com isso aliás perca a atualidade, que lhe reconhecemos como fonte de inspiração para códigos atuais.

E atual o direito romano ainda o é, e pelo mesmo título que as legislações dos povos modernos, com a diferença porém, que daquelas o magistrado aplica a norma na crueza dos textos, ao passo que o Direito Romano, perdida a força coativa como texto de lei, conserva ainda hoje no espírito que o anima todo o vigor, toda a mocidade como doutrina, e constitui a ganga, o substrato do pensamento jurídico moderno.

Explicar a razão dessa permanência, dessa eterna juventude do Direito Romano tem sido tema do quanto a respeito de sua influência através da história têm escrito os melhores autores.

IHERING, *um dos mais citados e que mais se dedicou ao assunto, reconhecendo ao Direito Romano o caráter histórico, diz que, ao passo que na multidão de leis e estatutos em que se dividiam*

os povos depois das invasões do século V, o Direito Romano conservava a unidade própria do povo romano: o daqueles povos diferia e diversificava de um para o outro, de modo que bem se lhes podia aplicar em assunto de História o nome de História dos Direitos, *competindo só ao Direito Romano o de História* do Direito.

Este caráter de unidade e de universalidade, podemos acrescentar, porque uma coisa implica a outra, provém-lhe de duas qualidades que o distinguem de quaisquer outros – a sua verdade *e a* beleza *que lhe é própria.*

O Direito Romano, quanto ao primeiro predicado, exprimia no seu tempo e ainda conservava na atualidade a verdade *nas relações jurídicas: ninguém há que conhecendo-o ainda que perfunctoriamente, não o admire, sentindo a impressão forte na verdade jurídica que ele traduz de modo singular. O tino, a sagacidade, o bom senso dos seus velhos jurisconsultos fazia-os acertar sempre na diagnose do caso que lhes era sujeito, e, como a regra jurídica jaz nas entranhas do caso –* ex facto jus oritur –, *acontecia que, acertando eles com a regra, a expusessem com precisão e clareza, e, reunindo uma às outras, colecionando-as, chegassem a formar esse cabedal magnífico que se desenrola pelos títulos seguidos das* Pandectas, *com especialidade pelos de* verborum significatione e de regulis juris.

E falo das Pandectas *de preferência a outras partes do* Corpus Juris Civilis, *para só mencionar a obra-prima do gênio jurídico de Roma, a qual atingiu aonde mal alcançam os nossos vôos de juristas modernos, de modo a fazer jus ao epíteto merecidamente alcançado de* Razão escripta.

A verdade jurídica que brilha nos modernos monumentos de legislação, nos nossos tão decantados Códigos, está em gérmen, ninguém há que o desconheça, nos textos imortais do Direito Romano. Eis uma das razões da admiração, do culto, geralmente

prestado ao Direito Romano e do seu indisputado domínio desde a Antiguidade até aos tempos atuais. O Direito romano é a expressão altíssima da verdade jurídica.

O outro seu predicado, donde decorre a influência permanente de que goza, e a sua pronta aceitação mormente entre a classe culta, vem de sua beleza, *da* beleza, *que é uma face da verdade, aqui, da* verdade jurídica.

Este aspecto do Direito Romano, isto é, a sua beleza própria e técnica, que se traduz no modo elegante, correto e sóbrio com que se expressavam os juristas máximos, principalmente no seu período áureo, não escapou ao insigne GIBBON, o qual no seu livro Decadência e Queda do Império Romano (Decline and Fall of the Roman Empire) *em um capítulo dedicado à Jurisprudência romana, afirma "que foi SÉRVIO SULPÍCIO o primeiro a reduzir a multiplicidade e variedade dos casos a uma regra infalível e lógica haurida nos preceitos de ARISTÓTELES e dos estóicos, derramando sobre a massa a informação dos fatos à luz da coordenação e da eloqüência".*

CH. BOUCAUD por sua vez afirma no seu Esboço de um Direito Cristão no Direito Romano *que a obra dos jurisconsultos romanos em tirar o bloco informe e rude do Direito Quiritário a figura quase humana do Direito Civil, tornara o Direito Romano o estudo histórico, a elegância jurídica, comparável à elegância da arte grega, ao ponto de poder dizer DEMANGEAT no seu* Curso de Direito Romano *que as decisões de Paulo e Papiniano excitam ainda hoje o entusiasmo que entre nós despertam as obras primas da estatuária grega.*

É pois destituída de razão, quer nos parecer, a censura de v. IHERING ao grande SAVIGNY, por haver este proposto a matéria do Direito Romano à sua forma, forma técnica impecável pela qual se

exprimem os Papinianos, os Paulos, os Ulpianos. Não é este o único valor, está bem visto, do Direito Romano: mas é incontestavelmente o lado pelo qual a construção jurídica das Pandectas *arrastou a admiração e o aplauso de quantos exultaram com a preciosa descoberta de Amalfi.*

Seria trabalho ocioso e sem fim trazer à colação aquilo que todos sabem – textos (e são tantos!) em que resplandece, a par da verdade, essa elegância no dizer, essa sobriedade inimitável, própria dos jurisconsultos romanos.

Mas, não resistimos à tentação de indicar, ao menos, alguns dos mais notáveis. Comecemos pela definição de Lei:

> *"Lex est commune praeceptum, virorum prudentum consulta, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercio, communis Reipublicae sponsio."*

E outro texto sobre o espírito das leis:

> *"Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur quae salubriter pro utilitate hominum introducumur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producantur ad severitatem."*

Essas qualidades fá-las bem ressaltar o ilustre HEDEMANN *no seu livro –* Einfuhrung in die Reschtswissenschaft, *do seguinte modo:*

> *"A perícia dos Jcts. romanos revela-se com especialidade no sentido da Lógica. Assim se explica a grande força de argumentação, a admirável segurança dos conceitos e a singular sobriedade que reina no Digesto. Assim se explica também o sucesso que o Direito Romano alcançou exatamente nos séculos em que a Lógica dominava os espíritos, e o por que sua estrela empalideceu na era do pedantismo (*Schwarmzeit*) e da inculcada civilização (*Aufklaerung*), que foi o século XVIII."*

A sobriedade singular dos grandes mestres do Direito Romano, não é ocioso repeti-lo, revela-se a cada passo nessas sentenças

curtas, lacônicas, que passaram a ser outros tantos axiomas na nossa ciência. Sirvam de exemplo:

"Non omne quod licet honestum est."

L. 144 D. *de reg. jur.*

"Qual jus naturale attinet omnes domines acquales sunt".

L. 32, D. *eod.*

"In omnibus quidem maxime tamen in jure aequitas spectanda est."

L. 90, D. *eod.*

O Direito Romano é um Direito para nós essencialmente histórico; os seus textos valem atualmente, dissemos, não como textos de lei a aplicar, mas como regras superiores a estudar. Delas se poderia dizer como de outros se tem dito: valem, não ratione auctoritatis, *mas* autorictatis rationis. *E é pelo método histórico que este Direito é ensinado; estudamo-lo agora como antiguidade, como arqueologia, sim, mas, para apreender nele o elemento latente, o seu espírito, o qual é ainda e sempre pelo estudo da História que havemos de descobrir.*

Triunfa, com efeito, e aí está ela em toda a pujança, a escola de HUGO e SAVIGNY, diria melhor, a escola cujaciana, porque foi de CUJÁCIO para cá que os estudos de Direito Romano tomaram a direção que podemos dizer definitiva.

Como lei a aplicar o Direito Romano perdeu todo o valor; a sua autoridade como lei passou para os Códigos modernos, herdeiros diretos de seu prestígio e poder. Mas, antes que operasse a transfusão do velho sangue romano para as veias dos organismos novos, prenhes de futuro desenvolvimento, eram os textos do Corpus Juris Civilis *que interpretados e ajeitados às necessidades ocorrentes,*

serviam de norma na idade média e ainda depois, de par com as Decretais *e disposições de Direito Canônico, à decisão das pendências a que era mister aplicar a lei.*

Foi este o trabalhão dos Glosadores, trabalho meritório, o de acomodar o Direito Romano aos usos práticos, às necessidades da época, em cujo proveito o transformaram, desfiguraram ou deturparam, como entendem alguns, hoje neste período de escavações arqueológicas e reconstituições de civilizações mortas.

Digo que meritório foi o trabalho dos Glosadores, e esta justiça lhes faço com B. Bruggi (como o mostrei em minhas "Leituras sobre a Posse", publicadas na Revista de Direito *de Bento Faria); foram eles, os tão desprezados e escarnecidos Glosadores, que pacientemente elaboraram a massa de que se formaram os códigos modernos.*

Sim; o Direito que dizemos nosso, e cada país reivindica como próprio decorre diretamente deles, é obra deles. São os Glosadores com toda a sua ignorância, com todos os seus erros, os predecessores, os pais do Direito Moderno.

Exercem os códigos atuais a função de norma jurídica por excelência; mas, nem assim perdeu o Direito Romano sua prístina e reconhecida importância. Do seu estudo meramente histórico, mas não ocioso, decorrem princípios que ainda hoje, e talvez nunca como hoje, derramam torrentes de luz sobre os mais obscuros problemas jurídicos; dele se pode dizer o que disse, não sei se Heinécio ou Hoffmann: "nunquam mihiplacuit antiquitatis studium nisi quod sublimioribus scientiis lumen praeferret".

É realmente com esse intuito, mirando a utilidade que presta à boa inteligência e aplicação das leis atuais que o estudo de Direito Romano nunca perderá de valor à luz dos métodos cujacianos renovados e amplificados pelos modernos pandectistas alemães.

Algumas vezes, porém, o método puramente científico, quero dizer, a intenção de fazer arqueologia jurídica, de patentear como WALTER SCOTT *em* Ivanhoe, *G.* FLAUBERT *em* Salambô *e* SIENKWICZ *no* Quo vadis? *a reconstituição de uma época morta, aqui a do Direito tal qual era vivido no Fórum de Roma; algumas vezes, digo, tem esse método trazido não pouco dano à tradição que se ia formando no sentido em que a dirigiam os continuadores da "glosa" e do "uso moderno das* Pandectas*", como eu mesmo tive ocasião de mostrar em meus estudos sobre a Posse.*

O Direito Romano como coisa de contemplar e admirar, sem ulterior intuito (a Arte pela Arte), não passa de um prazer intelectual muito legítimo, como outros; mas, não é esse o principal ofício, a soberana vantagem do estudo àquela imorredoura sombra.

Não sei se farei com isso injustiça (ignorância talvez de minha parte), mas, sempre me pareceu que a escola cujaciana nasceu da influência irresistível do ressurgimento que nas ciências, nas letras e nas artes operou o século XVI, século com razão apelidado de Leão X, tal a estupenda magnificência do reinado desse novo Mecenas.

Essa floração admirável nas letras com SCALIGERO, *príncipe dos eruditos modernos, com* ERASMO, *o mais sapiente e elegante escritor daqueles tempos, sem falar de* CERVANTES, MAQUIAVEL, ARIOSTO, TASSO *e* CAMÕES! *Era a época em que a arquitetura com* BRAMANTE, *a escultura com* MIGUEL ÂNGELO, *a pintura com* RAFAEL *e o próprio* MIGUEL ÂNGELO, *produziram provas imortais e inexcedíveis. Um período de renovação das coisas, o gosto pelas formas e produções da antiguidade pagã havia invadido todos os domínios do pensamento; queria-se viver contemporâneo das grandes figuras gregas e romanas, e era natural que a obra mais gigantesca da civilização romana – o seu Direito – enfeixado no Digesto e no Código*

Justinianeu, chamasse a atenção dos eruditos para estudá-la como se estuda um monumento desenterrado dos escombros nas grandes ruínas de Pompéia.

Os mesmos processos, os mesmos métodos. Então não bastava para ser jurisconsulto a ciência chilra, as letras gordas dos glosadores; era mister não estacar como estes diante de um texto grego, declarando-o indecifrável; ao contrário, o jurisconsulto havia de ser humanista, conhecer os clássicos gregos e latinos, por em contribuição na inteligência e comentário dos textos os filósofos e oradores, os poetas, e dramaturgos, SÊNECA, PLAUTO, CÍCERO e TERÊNCIO, andar versado nesses assuntos e até fazer versos latinos, como os fazia ANTÔNIO GOUVÊIA, esse jurista português, rival de CUJÁCIO e por este tido em grande conta.

E foram humanistas, literatos, homens de elegância no escrever e no dizer, os da escola cujaciana que ainda hoje revive nos estudos de VICO, de GRAVINA, de HEINÉCIO, tão juristas como filósofos.

Por aí se vê quão difícil se torna hoje escrever sobre a parte histórica (principalmente esta) do Direito Romano depois dos trabalhos hodiernos dos von RANKE, MOMMSEN, BECKER, SCHWALGER, RUBINO, aos quais se poderia acrescentar GIRAUD, POU Y ORDINAS, PADELETTI e muito mais que seria fastidioso mencionar.

E tanto mais para admirar e aplaudir é o trabalho do Professor ABELARDO LOBO, que se aventurou em matéria tão cheia de embaraços e que exige tão vasta e variada cultura.

Começa o estudo histórico do Professor ABELARDO LOBO pelas Fontes do Direito Romano, *e desde logo surgem as dificuldades. Ao estudo das fontes fez preceder o insigne O. KARLOWA uma exposição da estrutura desse grande mecanismo que foi o governo de Roma, ou, melhor, do seu Direito Público. Depois de estudar a monarquia, o povo, sua distribuição em tribos, cúrias e gentes, o Senado, a urbe e a campanha, os plebeus e a reforma de Sérvio Túlio, os comícios*

e a fundação da República, a criação dos tribunos e o decenvirato, entra então na análise das fontes, *e começa pelas* Leges regiae *e Lei das XII Tábuas. Mas não é possível, pensamos, separar umas coisas das outras, e o próprio* KARLOWA *trata os magistrados, da potestas e do imperium de envolta com os estudos das fontes.*

Razão tem pois o nosso eminente colega, DR. ABELARDO LOBO *para entrar logo no estudo das fontes, visto como este estudo é inseparável do da organização do poder em Roma, e tem, ao demais, em seu apoio método idêntico seguido por* G. HUGO, BERRIAT SAINTPRIX *e outros, que tratam promiscuamente das partes e da organização do Estado Romano, ou pelo menos, supõe sabidas as noções de História Romana necessária para a inteligência do desenvolvimento da história jurídica do grande povo.*

Ocupando-se da História Externa *do Direito Romano, era natural indagar como se deva ela dividir: é a célebre questão dos períodos históricos, se três ou quatro ou cinco, como entende o nosso ilustre autor.*

Começaremos pela divisão de ORTOLAN, *o qual só admite três períodos: o* real, *o* republicano *e o* imperial, *como se influísse na feição do Direito o simples fato da organização política, quando é sabido que as instituições civis de qualquer povo resistem em regra às transformações políticas. Real, republicano, imperial, engana-se quem for atrás da sonoridade aparente dos vocábulos.*[1]

Um trabalho surdo, íntimo, na formação do Direito é o que de ordinário se opera e pode determinar períodos verdadeiros de seu desenvolvimento.

Só quem é inteiramente hóspede na História Romana ou, o que tanto vale, na História jurídica de Roma, deixará de ver

---

1 Veja-se o fundamento desta asserção em MOMMSEN, *Hist. Rom.* – 1, p. 78 (da trad).

que a República não trouxe alteração fundamental nas relações de direito entre os romanos.

*É em pleno período régio que se instituem os comícios por centúrias, os quais substituem os comícios por tribos: há uma alteração muito mais profunda em outorgar o direito de voto aos que têm tantos sestércios de preferência aos que nada têm (*capite sensi*), do que em abolir as fórmulas liberais do sufrágio e concentrar todas as magistraturas na mão do Príncipe, como sucedeu imperando Augusto.*[2] *Os reis medievais eram reis, mas eram alteza e não majestade, e entre os fidalgos o rei figurava como* primus inter pares, *sem ser preciso ir a Aragão para ver os nobres falarem ao rei de chapéu na cabeça. Que diferença entre esses bons tempos e a baixeza dourada dos nobres de Luís XIV em França e de D. João V em Portugal.*

O defeito da classificação de ORTOLAN *não escapou ao nosso sábio colega, que apresenta igualmente a classificação de* GIBBON, *muito melhor, e a mais seguida, e com ela outras mais, igualmente notórias, concluindo por oferecer classificação de sua lavra, a qual nos parece melhor que todas, pois atende à transformação que o Cristianismo veio operar nas instituições de Direito Civil, dada a este vocábulo a acepção que tinha entre os romanos. Sem falar no* Edito Perpétuo *de Sálvio Juliano, "síntese maravilhosa de um dos ramos do* Jus Honorarium*" que caracteriza o segundo período, na divisão do nosso ilustre colega, omitindo o terceiro período, o dos maiores jurisconsultos, o qual vai até Alexandre Severo, mencionarmos somente um período que o nosso emérito romanista acrescenta aos quatro já conhecidos: o quinto, caracterizado pelo predomínio de novas idéias religiosas, graças à influência do cristianismo.*

---

2 ORTOLAN – *Hist. de la Legisl. Rom.* nº 36.

Por grande que fosse a decadência da cultura jurídica antiga, não se pode negar a transformação operada nos costumes, nas instituições, em toda a vida jurídica ao sopro regenerador da religião de Cristo.

Quem atribui a mera influência dos estóicos o espírito de elevada retidão, o culto da verdade e da sinceridade nos contratos e outros lampejos da eterna justiça que tantas vezes descobrimos nos textos do Direito Romano, não percebeu o trabalho surdo que as idéias cristãs iam fazendo na alma das instituições ao ponto de transparecer claro em passagens como a definição do casamento, que MODESTINO qualifica de consortium omnis vitae, *definição que honraria a qualquer dos padres ou doutores da Igreja.*

Só quem não manuseou o interessante opúsculo de TROPOLONG, Influência do Cristianismo Sobre o Direito Civil dos Romanos, *ou esse outro livrinho precioso de BOUCAUD,* Ensaio de um Direito Cristão no Direito Romano, *negará a grande revolução que no espírito dos textos, dos velhos textos romanos, operou a idéia nova de igualdade dos homens, filhos todos do mesmo Pai Celeste, Onipotente e Misericordioso.*

As Institutas *de LACTÂNCIO, que se podem comparar, quanto aos fins que visavam, às* Institutas *de GAIO, mostram quão funda penetrara nos ânimos a moral cristã. Dedicadas ao Imperador Constantino, as* Institutiones Divinae *de LACTÂNCIO continham capítulos consagrados à Justiça e ao Culto verdadeiro: realizando a transfusão do Direito Cristão no Direito Pagão. O livro de LACTÂNCIO considerava o cristianismo menos uma metamorfose sobrenatural, que uma restauração da simples Justiça natural: por este ponto é visível o contato dos doutrinadores cristãos com os moralistas pagãos da escola estóica. SÊNECA foi chamado por alguém "Padre da Igreja", título honrosíssimo para um pagão.*

Para que insistir nos corolários que do conceito estóico de Justiça pode tirar e deduzir a idéia generosa da fraternidade humana e da filiação celeste da nossa raça, idéia que vinha alterar no sentido da caridade as relações dos cônjuges e a autoridade paterna na família, idéia que vinha aluir pela base a instituição odiosa da escravidão, na qual assentava toda a vida econômica da Antiguidade, e substituir ao mesmo tempo o despotismo desenfreado do governo político pela noção inteiramente oposta do Príncipe, ministro de Deus para bem dos governados?

Fez bem, portanto o ilustre autor do livro que prefaciamos, em destacar, dando-lhe o merecido relevo, período tão notável da História do Direito Romano, como fez no título I do 2º volume, período, cuja extensão embora se possa recuar a épocas anteriores, não deixa de ocupar posição das mais salientes, de modo a fazer época nessa tão estudada e debatida História do Direito Romano.

Antes de aventurarmos juízo sobre a interessante parte do trabalho do Dr. ABELARDO LOBO relativo à Lei das XII Tábuas, sejanos lícito, já que se trata do mais antigo monumento de Direito escrito entre os romanos, dizer algo em relação ao sentido em que se deva tomar a expressão – Direito escrito. Entende-se largamente o nosso ilustre colega sobre este interessante assunto, para concluir que o Direito escrito era o que materialmente conservava a forma escrita, e não o que dimanava da autoridade pública, embora sem a forma escrita.

*Estou neste ponto com SAVIGNY, para opinar, como opino, que o Direito não escrito é o que se origina dos costumes e assim se mantém (*consuetudo more utentium comprobata*), embora acidentalmente possa tomar a forma escrita, tais os costumes das Províncias Francesas chamadas por isso Províncias do Direito não escrito,* Costumes, *que foram depois reduzidos a textos por BEAUMANOIR, LOYSEL, MOLINEU, e outros, e apesar disso não deixou de ser o* Direito Costumeiro. *Apresenta ao demais o Direito não escrito um interesse de ordem mais ele-*

vada como manifestação, que é, da espontaneidade e da necessidade da norma jurídica, observada antes de ser adotada e imposta pelo legislador e acatada como obra legislativa pela opinião geral. É o que se pode ver em ACCARIAS, Dir. Rom., *I, 22.*

O costume, diz SCIALOGIA, Inst. de Dir. Rom., *constitui e primeira fonte do Direito na História. Nisto estão de acordo os autores da Historia do Direito e os de Direito Natural, de Enciclopédia Jurídica e de Introdução ao Estudo do Direito.*

Não sei se entendi bem o ilustre colega na sua opinião sobre o caráter nacionalista ou alienígena da famosa Lei das XII Tábuas, porque, ou se dá crédito à lenda da embaixada à Grécia para estudar as leis de Sólon e à tradução delas pelo exilado Efevo, e então o grande monumento da jurisprudência romana perde inteiramente o cunho de nacionalidade que o tornava tão popular; ou, ao contrário, temos de considerá-lo uma consolidação dos antigos costumes e práticas jurídicas de Roma. Desfigurá-lo porém, atribuindo-lhe elementos de vária origem é o que nos não parece razoável.

Quanto a indícios de Direito grego que se vêem na Lei das XII Tábuas podemos dizer que não há lei nenhuma ou código de leis que não revele alguma coisa dessa Justiça universal e perene, de que todos os povos, mesmo os da mais remota antiguidade, participam; era natural, pois, que na Lei das XII Tábuas lampejassem clarões de justiça, que já espelhavam, no Código de Hamurábi *e na legislação egípcia e oriental; mas daí para considerá-las fontes da obra dos Decênviros, vai, entendemos, imensa distância; nem isso justificaria a tradição da ida dos jurisconsultos romanos à Grécia, tradição tão assoalhada e corrente.*

Tenho opinião firmada,[3] *e em meu espírito nada pode ainda abalar as duas razões igualmente sensatas e robustas que nos*

3 Tal é também a de POU Y ORDINAS, *Hist. Ext. del der. Rom.*, lição IV, p. 72.

dá GIBBON *na sua já citada obra: não é possível, diz o insigne historiador, que patrícios, com seus preconceitos e rancores de classe, consentissem numa missão à Grécia para trazer de lá um compêndio de democracia, isto é, a igualdade a que aspiravam os plebeus; não é possível, por outro lado, que a embaixada romana não o tivesse deixado rastro nos anais da Grécia, e todavia nenhum autor grego se encontra que a mencione.*[4] *E, quanto ao conteúdo das Tábuas, não é isso um pélago de obscuridade e dúvidas?*

Na invasão de Roma pelos gauleses as Tábuas desapareceram, e o que se sabe da legislação delas é resultado de reminiscências e do trabalho mais ou menos engenhoso dos reconstituidores deste monumento com materiais colhidos aqui e ali nos autores que imperfeitamente lhe reproduzem o texto[5].

---

4 GIBBON'S, *Decline and Fall,* Cap. XIV.

5 Ver a reconstituição em GRAINA, *Orig.*, Liv. III, pag. 111 e seg. (edição de Veneza, 1730); PELAT, Man. Jur. Synopt. e outros.

É curioso o que a tal respeito lemos em G. PUCHTA, *Gesch. des Roem. Rechtes,* § LV. Diz ele:

Se dermos a uma expressão de Cipriano (Ep. 2, 4 ad Don.) o sentido literal, teremos de aceitar que elas (as Tábuas) ainda existiam no III século, e foram vistas no Fórum, o que é aliás provável. De então em diante desaparecem quaisquer vestígios" E em nota:

"A passagem de ODOFREDO (1265) no *Dig. Vet., Liv.* VI, *de just. - jur.,* de que "das duas últimas Tábuas conserva-se alguma coisa no Latrão em Roma, e era difícil de ler o que continham", baseia-se, sem dúvida, na descoberta de outra velha Lei, um de cujos fragmentos aquele jurista conheceu superficialmente.

O autor esquece que ainda no V século entre os anos de 462 e 466 as XII Tábuas eram explicadas em Narbona pelo jurista e poeta Leão, bisneto de Frontônio: confronte-se "Sidonii Apollinaris Elogium Narbonis" (carm. 23, pag. 466 e seg.) "sive ad doctiloqui Leonis aedes, quo bis sex tabulas docente juris, ultro Claudius Appius taceret, claro obscurior in decenviratu".

Mais: que o Presbítero Salviano, o qual vivia são em avançada idade, em 496, na cidade de Marselha, fala das XII Tábuas, de modo a não se poder duvidar que estivessem então expostas no fórum de Cartago. Compara-se SALVIANO, de *Gubern. Dei,* 8, 5: "intra Carthaginem vero apparere in plateis et compitis Dei servos sine contumelia atque execratione vix licuit.

Continuando no estudo das fontes, o ilustre Dr. Abelardo Lobo passa a tratar do Edito Perpétuo e das Constituições Imperiais, *antes de chegar à codificação justiniana. Nesta se estende ele, como era de prever, dedicando um capítulo especial à notícia do* Corpus Juris Civilis, *notícia bibliográfica mui desenvolvida e curiosa em informações, que em poucos autores se encontram tão perfeita e pacientemente coadunadas.*

O Edito Perpétuo, assim chamado porque com ele se conformavam os Pretores, a despeito da faculdade que lhes competia de reformar por interpretação própria do Direito Vigente, o Edito, obra de Sálvio Juliano, digo, não passava de consolidação dos editos preexistentes, tal foi a obra por excelência do reinado de Adriano, obra que reunia a autoridade do Pretor, do Senado e do Imperador.

O Edito Perpétuo resumiu e sintetizou todas as matérias que haviam sido reguladas pelos editos dos Pretores e dos Edis Curuis.

Percusecutione hoc quidem fuisse non putant, quia non et occisi sunt.

"Sed in urbe illa non tam hominum fuerunt haec beneficia quam legum.

"Interfici etiam indemnatum quemcumque hominem etiam XII tabularum decreta vetuerunt. In quo agnoscitur quod magna illic praerogativa dominicae religionis fuit, ubi ideo tantum servis Dei licuit evadere, quia pagano jure defensi sunt, ne christianorum manibus trucidarentur".

Nesta passagem é possível, como presume DIRSKEN, assentar a seguinte narração de um bispo marselhês em Balduíno, *Praef.*, Liv. II *in leges Romuli et leges XII Tabularum* (Basiléia 1537): "audio ante annos octingentos scriptum abs quodam episcopo Marsiliensi librum fuisse, in quo, cum probare vult romanos a Grecis et Grecos a Judaeis suas leges repetisse, magnum XII Tabularum partem describit et recitat. Sed eum quoque librum hui habet supprit". Ainda menos precisa é a narrativa de NICOLAU ANTÔNIO, *Biblioteca hispan.*, vol. VI, 14, 350 (1, p. 518 da edição d 1788) "ante annum milesimum aut circiter dominus Petrus de Grañon coenobita erat in sanctíi Aemiliani, ut vocant, monasterio... Reliquisse hunc Petrum in eo monasterio nuntiatum nobis fuit, volunina duo Leges Gothorum et Regum inscripta, quorum prius LXIII, posterius auctor *Legum XII Tabularum*, quas omnes carmine latino comprehendit... Codex prae nimia vetaustate aliquot iam follis nom legitur.

"Habemus id totum ex relationibus ad nos missis ab eodeum monasterio."

Sua influência foi grande na aplicação do Direito honorário, o que quer dizer, da parte mais doutrinária e larga do Direito Romano.

As Constituições Imperiais, *já que falamos delas, rareiam no período anterior a Marco Aurélio; o Código Justiniano conta mais de 1.700 desde o reinado daquele Imperador até Diocleciano, que instaurou no governo o poder absoluto dos imperadores. Só deste imperador existem, diz Van-Wetter, mil e duzentas constituições. Daí em diante o Direito Romano é obstruído pelas leis dos imperadores, inclusive Justiniano com suas* Constituições *e* Novelas.

Sobre a codificação justinianéia muito se tem escrito, e o nosso ilustre colega dedica-lhe páginas eruditas, abrindo espaço neste importante trecho do seu trabalho ao estudo bibliográfico do Corpus Juris Civilis.

Não nos estenderemos sobre este assunto, remetendo o leitor para a obra do Dr. Abelardo, neste ponto interessantíssima. Aí verá o leitor como a codificação justinianéia, dívida ao grande trabalho Triboniano, dividiu a obra em duas partes, como já havia tentado Teodósio II: as Leges, *que eram as constituições imperiais, e o* Jus, *constituído pelas demais fontes, principalmente trabalhos dos jurisconsultos.*

É a divisão que aliás se vê no Corpus Juris, *onde ocupam lugar distinto o* Código *com as* Novelas, *e o* Digesto *ou* Pandectas, *que prima sobre a outra parte pelo valor científico e doutrinário de seus textos, fonte fecunda do desenvolvimento do Direito durante todo o seu percurso da* Idade Média *até aos mais recentes produtos da ciência jurídica nos moderníssimos Códigos Civis das nações cultas.*

Aqui termina a primeira parte do trabalho do Dr. Abelardo Lobo, para entrar na segunda, dedicada à expansão do Direito Romano *e às causas do seu desenvolvimento. É aqui que se revela todo o valor prático da obra do ilustre professor.*

Em certo ponto da primeira parte, quando se ocupou da divisão da história do Direito Romano em períodos, assinalou ele (vide obra cit., pág. 73) mais um período aos clássicos quatro, em que se costuma dividir, período que vai de Constantino até a morte de Justiniano, caracterizado, como é sabido, pela influência que poderosamente vinham exercendo sobre a mentalidade jurídica do tempo às idéias empregadas pelos apóstolos em nome e sob a inspiração do Salvador; era natural, dizemos, que o nosso ilustre colega desse a essa idéia a expansão de que é merecedora, mostrando como a História do Direito no decurso dos séculos e no mundo civilizado não é mais que o desenrolar das teses máximas assentadas pelas doutrinas jurídica dos romanos sob a ação modificadora dos ensinamentos evangélicos de igualdade e fraternidade humana no seio daquele que é o Pai comum de todas as criaturas e seu eterno regenerador.

Com efeito, por mais que diversificassem as leis das diversas populações bárbaras que se estabeleceram no mundo romano, incontestável é a influência que sobre elas exerceu o Direito Romano, venerado como regra de valor supremo, de origem quase divina. É notável o que se lê nas crônicas que os chefes bárbaros orgulhavam-se em adotar as maneiras romanas e aspiravam a um título que os distinguisse de seus conterrâneos, v. g. o de cidadão romano ou de capitão de alguma das legiões.

*Os homens pertencentes a nações diversas, distinguiam-se por seus estatutos pessoais, isto é, pela lei a que obedeciam, sendo certo que a lei romana subsistiu a par das leis bárbaras (*leges barbarorum*): assim entre os ostrogodos o* Edictum Theodoricii, *e o de Atalarico; entre os visigodos o Código de Alarico (*lex romana visigotorum*), e entre os borguinhões a lex* romana burgundiorum, *de modo que entre as populações conquistadas havia as que obedeciam às leis bárbaras e as que se regulavam pelas leis romanas.*

Esta diversidade de direitos regendo povos da mesma nação subsistiu até aos tempos da época moderna, e viu-se na França, que se dividia antes da Revolução em províncias de direito escrito (Direito Romano) *e províncias de direito costumeiro* (Coutumes).

A preponderância do Direito Romano na Península Ibérica estendeu-se mesmo após a conquista mulçumana e fuga dos chefes visigodos para as montanhas das Astúrias.

Apesar dos forais[6] *que prevaleciam em várias províncias, as codificações tentadas moldavam-se pelo tipo romano. É assim que tomaram este tipo o* Código *de Eurico, o* Breviário *de Alarico e o* Fuero Juzgo,[7] *o qual realizou a unidade da legislação na Península; o mesmo se pode dizer com relação às nossas* Ordenações, *como é fácil verificar do texto das mesmas, chegando a afirmar o Conselheiro Cândido de Oliveira que o direito costumeiro, que então vigorava, não era em grande parte mais que uma fórmula disfarçada da lei cesárea arvorada em Direito comum.*

Portugal, com efeito, separado do reino de Leão em 1139, regeu-se por muito tempo pela legislação visigótica com as alterações feitas na metrópole de que dependia, diz Cândido Mendes na Introdução ao Código Filipino. *Essas alterações eram o Fuero Real,*

---

6 De um retalho de jornal que guardo, extraí o seguinte sobre os foros: "Mas que são foros?" Afonso o Sábio os definiu assim: as leis não podem ordenar coisa alguma que não tenha em si a força e o poder, isto é, três coisas – o uso, o costume e o foro. Do tempo nasce o uso, do uso o costume, do costume o foro."
Não está bem observado?

7 *"Forus antiquus gothorum regum Hispaniae, olim liber judicum: hodie 'Fuero Juzgo' nuncupatos."* Auctore Alfonso Villadiego, Madrid 1600. É a edição que conheço. Veja-se SACHEZ ROMAN, *Derecho Civil y Códigos Españoles,* onde se lê a crítica do Fuero Juzgo, tido em grande estimação por GUIZOT, *Hist. de la Civil en Europe,* lição 3ª, onde lhe dedica um notável trecho.

plantados pela lei das Sete Partidas, assim chamada em razão das sete partes em que está dividida.[8]

Esta lei, a mais célebre de tempo (1263), cujas disposições eram no fundo mais romanas que espanholas, diz um escritor moderno referido por Cândido Mendes, recebeu por isso a alcunha de "Leis Romanas traduzidas em espanhol".

É o que, partindo de outro ponto de vista, reconhece o nosso insigne colega quando a tal respeito escreve:

"Orientado pelo Digesto *de Justiniano e pela* Decretais *de Gregório IX, cuja divisão em sete partes adotou, Afonso X realizou a fusão do Direito Romano com o Direito Canônico aproveitando o vastíssimo e prodigioso repositório de jurisprudência clássica dos romanos, e harmonizando-a com a indiscutível autoridade das regras da legislação da Igreja, cuja observância estava no próprio interesse da manutenção do trono".*

A parte do escrito que recebemos para servir de guia a este Prefácio chega até a Lei das Sete Partidas. É natural que no desenvolvimento do Direito Romano na Península, alcançassem as vistas do ilustre autor a codificação portuguesa em suas três manifestações, afonsina, manuelina e filipina. Assim ficaria o trabalho completo e fechado com chave de ouro.[8-A]

A pressa de terminar esta ligeira apreciação priva-nos de acompanhar a obra até o fim.

---

8 Tenho a edição de Paris de 1861. Está dividida esta lei em sete partes, diz a glosa do Gregório Lopes: "Habes excellentiam numeri septnarii", faz ele esta apologia do n. 7 e vai enumerando essas excelências em nota ao Prólogo da Lei, onde declara: por quales razones este Libro es repartido em siete partes.

8-A Vi, depois, que o trabalho do eminente romanista se desenvolve muito mais do que eu contava, porque, não só as Ordenações como todo o direito antigo e moderno, da Europa, da América, até do Japão e da China, e ainda mais o Direito Canônico, o Direito Germânico, o Direito Ibero-Americano e o próprio Direito Brasileiro, também foram estudados no III volume, destinado à influência universal do Direito Romano.

Antes disso porém, não deixamos de acentuar que em todo o decurso da História do Direito Romano até aos tempos modernos reinou sempre o combate entre o elemento tradicional manifestado pelo direito costumeiro de cada um dos povos abrangido pela maré montante do Império Romano, e o próprio Direito Romano, que quer dizer, a luta entre as liberdades regionais e a centralização governativa que o modelo romano imprimiu na organização política dos povos, favorecendo o despotismo dos monarcas, mais lidos nos Código *e* Novelas *que as* Pandectas.[9] *Houve tempo até em que não se conhecia ao que parece outra forma de governo senão a de um Império à romana, o que se vê a ressurgir no Império de Carlos Magno e depois no sacro Império Germânico.*

A luta entre o elemento tradicional, isto é, os usos e costumes nacionais, e a tendência unitária e absorvente, vêm de tempos remotos. Na Espanha explodiu em vários movimentos sufocados pelo guante férreo do poder real, e ainda hoje bruxuleia nos resquícios dos fueros *que simbolizam altivez, independência da nação espanhola, mormente dos de Aragão.*

Teria existido em Portugal o feudalismo que, de origem, alimentou essa desagregação e independência entre os vários elementos da nação e os seus soberanos? É controvertido. Temos, sim, quem mostrasse a influência funesta do Direito Romano em Portugal, como tivemos na Espanha. Joaquín Costa,[10] *o grande sociólo-*

---

9 Sobre a influência do Direito Romano na elaboração das nossas Ordenações ver Cândido Mendes, *Dir. Civ. Ecl. Brasileiro,* Rio 1866) Prólogo. Entre outras passagens: "A nova direção dada aos estudos de Dir. Romano por Cujácio no mesmo século (XVI), acelerando o movimento de propaganda das doutrinas políticas daquele Direito, doutrinas aliás tão em harmonia com a independência pregada pelos protestantes, ecoou profundamente no coração dos reis e deu ganho de causa aos fatores do poder absoluto e do Direito Divino da realeza."

10 Joaquín Costa, professor político e publicista espanhol, nascido em 1846, é uma das mentalidades mais cultas da Espanha, especialmente no tocante a investigações históricas, as quais aplicadas às ciências do Direito, de que foi um exímio cultor, se

go espanhol, encontra um êmulo bem de sua estatura em Cândido Mendes de Almeida,[11] *o erudito senador do Império, o imortal continuador das glórias do Maranhão, sua terra natal.*[12]

Profundamente versado, mais talvez que o próprio A. Herculano, na História da outrora heróica terra dos Alburqueques, dos Pachecos e dos Nunálvares, Cândido Mendes, observador e crente, não se deixou deslumbrar pala elegantia juris, *pelo aspecto formoso da construção científica romana: acompanha tristemente o desenrolar do despotismo de D. João II e ouve dobrar os sinos em funeral às liberdades portuguesas.*

Mas, a nós, que prefaciamos uma obra puramente científica, que se nos dá neste momento, da repercussão que teve na história política da Europa a célebre máxima o Código Justinianeu, tão

---

manifestam em um sem-número de obras, entre as quais avultam: *El problema de la ignorancia del Derecho,* tema de seu discurso de entrada na Academia de Ciências Morais e Políticas, *Derecho Consuetudinario y Economia Popular de España, Teoría del Hecho jurídico individual y social, La vida del Derecho, Los Dialectos de transición y los celtibéricos latinos en particular.*

Em todas estas obras manifesta-se Joaquín Costa entusiástico cultor da tradição nacional, dos costumes nacionais, contra as invasões do Estado, o que dá as vezes às suas doutrinas a aparência de anarquistas.

No fundo é Joaquín Costa um patriota sem jaça, do que deu mostra rejeitando uma cadeira no Parlamento e afastando-se do Partido Republicano quando notou que ambicionavam seus companheiros menos firmar idéias do que galgar posições.

Faleceu em 1910. Ninguém, como ele, diz seu biógrafo, estudo a Filosofia do Direito e as fontes jurídicas nacionais do Direito Consuetudinário, encontrando sua origem no folclore. Profundo conhecedor da história interna da Espanha tanto quanto das suas instituições, manifestou os lampejos das aspirações populares afogados e perdidas nas multidões encontrando um sistema completo de coletivismo agrário nas doutrinas de nossos escritores e legisladores e nos eitos das sociedades que nos hão precedido.

11 Sobre o ilustre senador do Império veja-se o meu trabalho intitulado "O Senador Cândido Mendes e sua Obra Jurídica" na *Revista da Faculdade Livre de Direito* desta cidade, ano 1917.

12 O Maranhão é também terra natal do nosso ilustre colega da obra que prefaciamos.

aproveitada pelos soberanos da Renascença: Quod Principi placuit legis habet vigorem?

Deixemos esse terreno odioso, deixemos o latim incorreto e duro do Código e das Novelas, e repousemos o espírito nos textos elegantes e imorredouros do Digesto.

É sobre este repositório do gênio jurídico romano que se tem exercido o melhor e mais seleto dentre os inúmeros sábios da culta Alemanha.

É aí também que, nas horas fastidiosa do meu desconforto, vou repousar o espírito e encontrar por vezes o sabor, a deliciosa suavidade dos versos de Virgílio.

*

Não terminarei este já longo Prefácio sem levantar um protesto (inútil, já se vê) que repercutirá forte, creio bem, entre os amantes de estudos sérios e não de baboseiras, contra a supressão do Direito Romano do curso de bacharelado (a Reforma Francisco Campos deu-se ao luxo de outro curso para o doutorado). Suprimir o Direito Romano! Dito isto em roda de entendidos, ninguém o acreditará.

Como será possível explicar com clareza e esperança de resultado institutos de Direito Civil sem ir procurar-lhes a origem no Direito Romano, donde derivam quase todos? e explicá-los a quem pela primeira vez ouve falar em Pandectas *e* Constituições Imperiais?

Lamento que tamanha falta, verdadeiro crime de lesa-ciência, tenha sido perpetrada em nome dos que propalam que vêm renovar e restaurar os estudos jurídicos entre nós!

Mas qual! Estragá-los e deturpá-los é o que se está fazendo (ao menos no curso de Direito), porque, longe de rastrear o desenvolvimento das matérias no tempo, estamos vendo correr um véu espesso entre o passado o presente para considerar morto e sem valor

aquilo que não cai debaixo dos olhos acostumados a enxergar só dentro de um círculo estreitíssimo de atualidades.

O Direito, nesse papel de ancila de Mammon que se lhe atribuiu de concorrer para o industrialismo, para o mercantilismo das coisas e das consciências, é a aspiração moderna, e por isso começa-se o ensino pela desmoralizada Economia Política; dá-se sobreposse esse pesado alimento, e em tanto excesso que é quase de indigestar... A função do Direito que leva e dignifica, sua influência moralizadora, essa é posta de parte. O destino da instrução é promover e acoroçoar o industrialismo moderno.

Para que pois um direito tradicional e histórico? Restituamos a múmia ao seu hipogeu!

O Direito que aproveita saber é o que faz ganhar dinheiro; portanto rumo às ciências econômicas e adjacentes, que as mais não vale a pena estudar.

Ora, o Direito Romano!...

Agora mesmo, no momento em que escrevo, ocorreu-me que anteontem ao explicar aos alunos (que começam o Direito Civil pelas Obrigações) a teoria da "Cessão", tive de remontar ao processo que nos ficou historiado nas Institutas *de Gaio, cujo texto, Liv. 11 §§ 38 e 39, citei, mostrando como se transformou de novação, que era, na atual forma de transferência, inteiramente desprendida de intervenção do devedor.*

Como este, que me veio à mente por ser de fato recente, outros institutos poder-se-ão apontar, onde não é possível acompanhar o nascer e desenvolver-se do fenômeno sem remontar necessariamente à sua fonte no Direito Romano, de que aliás os alunos não terão a mínima tintura.

A explicação simultânea do Direito Civil e do Direito Romano, a que, para paliar o seu erro, se apega o ministro, só satisfaz a

beócios, a ingênuos que tudo acreditam. Como a semente caindo em terreno bruto e não preparado, a doutrina não medra, não tem onde lançar raízes em espíritos inteiramente hóspedes na matéria a que o professor alude. Não se supre a falta de um elemento essencial com outro elemento insuficiente; é processo este de boticário ginja e sem escrúpulos, que, não dispondo do medicamento receitado, põe em seu lugar droga barata, com prejuízo do doente e tapeação do médico.

Pelos anos de 1855-1858 brilhou na Faculdade de Direito de Pernambuco o professor M. Mendes da Cunha, homem profundamente versado nas ciências jurídicas, que estudara na Universidade de Bolonha, onde foi laureado doutor. Deixou ele além da lição inaugural do seu curso de Direito Romano, duas obras notáveis sobre o Direito Criminal e o Código de Processo Criminal do Império. Na primeira principalmente é de ver como, a propósito das várias questões por ele versadas,[13] *cita texto do* Digesto, *que muitos não suspeitariam pudesse prever o caso, mostrando como se estabeleceu a filiação da criminologia de então com as verdades contidas no grande repositório da doutrina que é o* Corpus Juris.

Exemplo análogo da utilização do Direito Romano, e este dos nossos dias. O saudoso professor Esmeraldino Bandeira referiu-se muitas vezes em conversa à admiração que lhe causavam os textos de Direito Romano sobre matéria penal militar, e no livro que com este título escreveu, refere vários fragmentos das Pandectas, *livro 49, título 16 (*de re militari*), especialmente o fr.6.*

---

13 A propósito do art. 169 do Código Criminal do Império, sobre o que se deva entender por condenação do réu em *causa capital,* entra o douto Professor pelos domínios do Direito Romano para dizer que "em Direito a palavra capital não significa só a cabeça", a vida; muitas vezes também o estado civil. *Capitis diminutio* significa uma mudança de estado "*is poena aut supplicium habuit, aut exilium, quod sit vice deportationis, ubi civitas amititur*".

Ora, se em matéria criminal tem ainda tanta autoridade o Direito Romano, quanta lhe não devemos atribuir ao Direito Civil, nós que cultivamos este ramo de Direito, e sabemos ser não de formação moderna, como o Direito Mercantil, mas de elaboração histórica e tradicional?

Para mim ainda está por decifrar porque o ministro da Educação (da Instrução, fora melhor chamá-lo) fez tamanho corte eliminando do curso de bacharelado matéria substancial e indispensável como é o Direito Romano elementar.[14]

A opinião dos mais abalizados mestres no país e no estrangeiro lhe é contrária. O Direito Romano, é sabido, continua ainda a ser estudado com afinco na Alemanha, mesmo depois da publicação do seu Código Civil. Nada há, pois, que justifique a supressão. S. Ex. quis inovar, quis como seus antecessores, deixar um rastro de sua passagem pela Instrução Pública Superior.

Sua alma, sua palma! Para que insistir?

"Quem a arte não conhece não a preza."

Disse o poeta, e só a conhecimento superficial ou completa ignorância da matéria poderá ser atribuído o golpe rude assim desfechado nas ciências jurídicas.

Rio, 17 de junho de 1931.

---

14 Não atenua o erro ter-se devolvido o Direito Romano para o curso de doutorado. O Direito que se explica nesse curso, parece lógico, é um Direito não elementar, mas superior, pressupondo conhecimentos elementares bebidos nos cursos de bacharelado. Como ensinar matéria aprofundada a quem carece de elementar nessa matéria? É a inversão – o mundo às avessas – um trambolhão no preceito de Lógica que ensina ir do mais fácil ao mais difícil: aqui começa-se pelo mais difícil!...

Dedicatória

Ao meu longínquo Maranhão

Quanto mais longe de mim te vejo no tempo e no espaço que nos separam, mais perto de ti me sinto na irredutível sinceridade de minha profunda e desinteressada afeição.

Abelardo Lobo.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 1931.

CURSO DE DIREITO ROMANO

Introdução

O ENSINO *de Direito Romano no Brasil não começou com a criação dos* Cursos Jurídicos de Olinda *e* São Paulo *em virtude da Lei de 11 de agosto e 1827, pois que esta lei, embora dividindo o curso em cinco anos, apenas instituiu nove cadeiras: "uma no 1º ano* – Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes, Diplomacia; *duas no 2º ano – Continuação das matérias do ano anterior, e* Direito Público Eclesiástico; *duas no 3º ano –* Direito Pátrio Civil *e* Direito Pátrio Criminal, *com a Teoria do Processo Criminal; duas no 4º ano – Continuação do* Direito Pátrio Civil *e* Direito Mercantil e Marítimo; *e, finalmente, duas no 5º ano –* Economia Política *e* Teoria e Prática do Processo *adotados pelas leis do Império".*

Mandava a lei redentora do ensino jurídico aos brasileiros que os lentes deveriam adotar um compêndio, *espécie de programa, para servir de guia ao curso, ou escrevê-lo de acordo com as doutrinas que não fossem desconformes com o sistema jurado pela nação; e, para conjurar a dificuldade resultante da falta de compêndios,*

foram adotados provisoriamente os Estatutos do Visconde de Cachoeira, *trabalho de real merecimento e revelador de cultura geral das ciências jurídicas e sociais indicadas como objeto de estudos dos cursos criados.*

Se o Direito Romano não fazia parte das matérias dos Cursos, *não foi também esquecido, ou proscrito das* cátedras, *porque os* Estatutos *mandavam invocá-los na explicação do Direito Pátrio, como subsidiário, que era, em virtude de disposição expressa das* Ordenações Filipinas – *Liv. 3º, Tít. 64, pr. e §§ 1 a 3* .

Sistemática ou não, a inexistência da cadeira de Direito Romano nos Cursos brasileiros, rigorosamente em nada prejudicava a cultura da nossa ciência nas suas íntimas relações com o Direito Civil Pátrio, porque a literatura jurídica consultada pelos mestres e discípulos era a que se manifestava nos trabalhos de Melo Freire, Borges Carneiro, Almeida e Sousa, Gouveia Pinto e outros, então, modernos civilistas, cujas obras retratavam o Direito Romano dominante em Portugal e que a independência recente do Brasil ainda não tinha podido substituir por um Direito Nacional, *organizado e desenvolvido sob as injunções dos interesses e necessidades locais.*

Mas, mesmo assim, os juristas reclamavam, com vivo empenho, a criação da cadeira, o que, afinal, veio a realizar-se com a reforma operada pelo Dec. nº 1836, de 28 de abril de 1854, cujo art. 3º, distribuindo as matérias do curso, colocou como 2ª cadeira no 1º ano o ensino de – Institutas de Direito Romano.

Este acontecimento, que foi recebido com grande simpatia pelos professores das Faculdades do Recife e de São Paulo, despertou a curiosidade dos moços e, embora em um curso rudimentar, as noções históricas do Direito Romano chamavam a atenção dos estudiosos, de maneira que os próprios mestres compreendiam a necessidade de alargar, mesmo dentre as noções das Institutas *o âmbito de suas*

lições, para, na explicação dos vários institutos jurídicos, apreciá-los também sob o ponto de vista da história externa.

Daí por diante, o desenvolvimento do ensino já não interessava somente aos professores da matéria, mas, também, aos alunos que, com a cultura progressiva da ciência, iam compreendendo o valor das riquezas inesgotáveis que ele continha.

Ao lado, pois, dos estudos das instituições jurídicas, a história reclamava o seu quinhão de conhecimentos e solicitava a atenção dos estudiosos para os fatores das instituições.

Com a criação da cadeira de Direito Romano nos cursos das nossas Faculdades, coincidindo a publicação da História Interna do Direito Romano Privado, *da lavra do ilustre maranhense Dr. Luís Antônio Vieira da Silva, senador do Império e jurista de profunda cultura germânica, livro cujo mérito não consistia, então, somente no assunto sobre que versava, com perfeito conhecimento da ciência, mas, também, no fato de ser o único publicado em língua portuguesa e no Brasil.*[1]

Entretanto, contendo apenas algumas ligeiras noções de história externa,[2] *não preenchia a lacuna que vinha sendo notada quanto ao conhecimento da evolução dos aparelhos formadores de Direito, que, aliás, estavam logicamente excluídos do livro, em se atendendo à sua denominação de* História Interna do Direito Romano.

Relativamente, porém, à matéria que faz o objeto do livro, contém noções desenvolvidas e mais que suficientes para conhecer as instituições jurídicas sobre que disserta.

---

1 Publicado em setembro de 1854, – ed. de Eduardo & Henrique Laemmert – Rua do Ouvidor 77, Rio de Janeiro.

2 A introdução tem 26 páginas e trata do *objeto e plano da obra, das fontes do direito privado, dos manuscritos,* edições dos *Corpus Juris* e literatura.

Outros livros de autores nacionais apareceram no Recife e em São Paulo, tais como os Elementos de Direito Romano *do professor Barros Guimarães,* Curso Elementar de Direito Romano *do nosso venerado mestre Cons.º Pinto Júnior, – Pontos de Direito Romano por Vico,*[3] Pontos de Direito Romano *do professor José Diniz Barreto e, finalmente, as* Preleções de Direito Romano *do professor Neto Campelo: isto em Pernambuco. Em São Paulo foram publicadas as* Preleções Completas de Direito Romano *do professor Dutra Rodrigues e o* Curso Elementar de Direito Romano *do professor Reinaldo Porchat.*

Mas, não ficou nestes exemplares a literatura jurídico-romana no Brasil. Outros trabalhos, de tradução apareceram, como o das Institutas de Direito Romano Privado *do professor belga L. A. Warnkoenig e a das* Institutas *de Justiniano pelo Dr. A. M. Chaves e Melo, – o da* Institutas *de Justiniano pelo Cons. Coelho Rodrigues e pelo professor Spencer Vampré, – os* Elementos de Direito Romano *de F. Mackeldey pelo o atual ministro do Supremo Tribunal de Federal Dr. Bento de Faria, – além dos trabalhos originais do professor Afonso Cláudio –* Estudos de Direito Romano *– e do Dr. Dilermando Cruz –* Direito Romano *– e a grande cópia de ensaios, folhetos e monografias que correm impressos.*

Todos estes trabalhos, porém, ressentem-se da falta de apreciação mais detida e minuciosa da história externa do Direito

3 Estes *pontos de direito romano* foram escritos pelo Dr. José Soriano de Sousa e para bem conhecê-los, convidamos o leitor a passar em revista aquelas 12 páginas –167 – 178 – do VII vol. – das *Obras Completas* de Tobias Barreto, páginas admiráveis de graça e ciência, em que, com uma superioridade cruel, reduz o trabalho criticado a suas justas proporções.

Romano, principalmente na parte que se refere às causas de sua expansão e desenvolvimento e à influência que exerceu e ainda exerce na formação do Direito universal.

*

Desde que fomos admitidos ao ensino jurídico na antiga Faculdade de Direito desta cidade, hoje incorporada à Universidade, começamos a reclamar contra a supressão da cadeira de História Geral do Direito, *embora a própria Faculdade, que nos obrigava, a mantivesse, posto que como facultativa.*[4]

A primeira ocasião que nos ofereceu oportuna para isto, não a deixamos passar sem salientar o descuido do legislador não contemplando no regime de ensino jurídico, criado pelo Dec. n.º 11.530, de 18 de março de 1915, a cadeira de História Geral do Direito, *que deveria subsistir, ainda que com prejuízo de outra.*[5]

O fato não chamou a atenção dos competentes e os cursos jurídicos no Brasil continuam sem a cadeira *de* História do Direito, *não obstante a necessidade indeclinável que ela impõe aos que estudam o Direito, que é uma ciência histórica por excelência.*

Esta situação coloca o professor de Direito Romano na contingência de dar às noções históricas da sua matéria um desenvolvimento maior do que teria de ministrar se houvesse aquela cadeira, em que, a cada passo da evolução do Direito dos povos civilizados, o mestre fosse indicando a influência do Direito Romano.

---

4 O curso de provas escritas e orais a que nos submetemos versou sobre três cadeiras do curso – *Direito Romano, Direito Internacional Privado, e História Geral do Direito, especialmente do Direito Nacional.*

5 "Memória Histórica da Faculdade" – 1915 – *Revista da Faculdade* – Ano de 1916 – vol. XII, págs. 143 e seguintes.

Não conhecemos obra alguma sistematicamente escrita nesta norma de direção, pois, em geral, os historiadores da nossa ciência expõem os fatos da vida política de Roma, na Realeza, *na* República *e no* Império, *até Justiniano, e indicam os cultores da matéria, principalmente depois da* Escola de Bolonha, *sem mostrarem, todavia, os traços ou sinais da influência do Direito Romano na formação das legislações dos povos cultos, talvez pela razão de julgarem esse trabalho missão de* Legislação Comparada.

Mas, a necessidade de conhecer a história dessa influência é tão imperiosa, como a necessidade, mesma, de conhecer as legislações aludidas, com maioria de razão nos tempos que correm, em que há uma evidente tendência de entrelaçar os povos na mesma teia dos princípios jurídicos que os conduzem ao grande ideal da universalização do Direito.

Nenhum elemento de instrução e de direção é mais eficaz para isso do que acompanhar o Direito Romano na sua gloriosa penetração civilizadora.

"A importância do Direito Romano para o mundo atual, – disse o preclaro Jhering[6] – não consiste somente em ter sido por um momento a fonte ou origem do Direto; esse valor foi passageiro. Sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que há feito experimentar todo o nosso pensamento jurídico e em haver chegado a ser, como o Cristianismo, um elemento da civilização moderna."

Para conhecer essa profunda revolução interna, *essa* transformação completa do pensamento jurídico, *não há meio mais seguro do que estudar o Direito Romano de acordo com o conceito de Leibnitz* – externa e internamente, – *sob a direção das*

6 *Geist des Römischen Rechts* – vol. I, págs. 8 e 9.

duas linhas paralelas – filosófica e histórica –, de que nos fala Sílvio Romero na sua classificação das ciências.

Eis porque no programa do nosso curso e no livro que escrevemos, as três primeiras partes foram dedicadas ao estudo mais desenvolvido da história externa, para poder salientar a evolução e profunda revolução na organização da nossa ciência, desde Rômulo até Justiniano, objeto do Livro Primeiro, e, daí em diante, indicar como se operou a transformação completa do pensamento jurídico universal, sob a influência do Direito Romano, aperfeiçoado pelo Cristianismo e realizado praticamente nas legislações dos povos civilizados, a partir das Ordenações Afonsinas, *que figuraram de modelo aos primeiros ensaios de lei nacional codificada sistematicamente na Europa.*

*

Considerado como fenômeno histórico, o Direito Romano apresenta-se aos olhos da humanidade como uma das obras mais lógicas do homem: o seu desenvolvimento se coordena tão harmonicamente com a natureza, que Gibbon chegou a compará-lo à vida humana, apreciando-o nas quatro estações – a infância, a adolescência, a virilidade e a velhice.

Mas, se o Direito não é obra do acaso, também não é produto espontâneo da razão.

A frase de Hermann Post [7] *afirmando que "a ciência do direito não deve continuar a ser uma irmã da* TEOLOGIA, limitando-se a folhear contemplativamente *o* CORPUS JURIS, como esta folha *a BÍBLIA", só pode ser verdadeira quando entendida nos seus*

7 *Der Ursprung des Rechts* – pág. 1.

justos termos, isto é, como a entendia Tobias Barreto,[8] *não para excluir o Direito Romano do estudo das ciências jurídicas, mesmo do estudo rudimentar, o que seria um sacrilégio, como seria a exclusão da* BÍBLIA *do estudo da ciência da religiões ou* Crítica Religiosa, *mas, tão-somente para despi-lo do* modo dogmático, *daquele* resto de intuição medieval, *que fez do* CORPUS JURIS um supremo oráculo, *eternamente valioso.*

"Ambas as BÍBLIAS*", diz textualmente Tobias, "ambas as* BÍBLIAS*, tanto a da fé, como a do direito, encerram tesouros que ainda podem ser utilizados. A questão é simplesmente de mudar o método e de princípio diretor. O princípio regulador é a idéia do desenvolvimento, em virtude do qual o direito, com todas as suas aparências de constância e de imobilidade, também se acha, como tudo mais, em perpétuo* fieri, *sujeito a um processo de transformação perpétua.*

"A fixidade do direito, quer como idéia, quer como sentimento, é uma verdade temporária e relativa, se não, antes, uma verdade local, ou uma ilusão de ótica intelectual, devida aos mesmos motivos que nos levam a falar da fixidade das estrelas.

"Platão dissera que não há ciência do que passa; *veio o espírito moderno e redarguo:* só há ciência do que é passageiro, *pois, tudo que pode ser objeto científico, o homem, a natureza, o universo em geral, não é um estado perene, mas, o fenômeno de uma transição permanente, de uma contínua passagem de um estado a outro estado* – Nichts ist dauernd als der Wechsel –, *já o disse Ludwig Boerne."*

A idéia de desenvolvimento, que impõe a sua verdadeira concepção – o conhecimento histórico, – porque é a própria idéia da evolução (desenvolvimento aperfeiçoado), quando tem por objeto o Direito, pode tomar duas direções, uma, que vai ao conhecimento, outra ao sentimento.

---

8 *Estudos de direito* – págs. 324 a 365.

Foi Tobias Barreto quem disse que – "o direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente". E acrescentou – "o senso jurídico individual é um fato psicológico de observação quotidiana. Ele se manifesta de dois modos: – pelo sentimento do próprio e pelo sentimento do direito alheio. O primeiro é uma das bases do caráter, o segundo é uma das fontes da virtude. Ser justo não é mais do que sentir o direito dos outros e proceder de acordo com tal sentimento. Mas, este sentimento que, aliás, pode elevar-se até a paixão e o entusiasmo, não existe isolado. Verdadeira ou falsa, clara ou obscura, há sempre uma idéia que o acompanha".

Este sentimento do Direito ninguém teve, até hoje, em grau tão elevado como os romanos.

Mas, ao mesmo tempo, também, ninguém, como eles, deu ao Direito um cunho tão acentuado de utilidade prática, mesmo em meio a todas as divergências de concepções e de maneiras de resolver àquelas celebres controvérsias, que determinaram a criação das escolas dos sabinianos e proculeianos.

Savigny sustenta que as controvérsias são condições vitais da ciência e não se lhes pode recusar a utilidade.

"A natureza individual dos espíritos e a variedade de suas direções criarão sempre tais diferenças: a ação simultânea de muitas forças diversas constitui a vida da ciência e aqueles a quem elas cabem em partilha devem considerar-se como operários trabalhando conjuntamente no mesmo edifício."[9]

Mas, o trabalho daqueles formidáveis operários que foram os Papianos, Paulos, Ulpianos, Gaios, Modestinos, etc. não se limitou a construções passageiras, de utilidade local; foi muito além,

---

9 *Systhem des heutigen Römischen Rechts* – Pref.

excedeu extraordinariamente até mesmo a própria visão romana, de forma que hoje, não obstante todo o progresso intelectual dos povos, as legislações nacionais ainda se sentem dominadas pelo espírito romano e, rigorosamente, não trabalham para libertar-se dessa influência, porque julgam que é benéfica e a sua duração é a prova irrefutável deste asserto.

Esta vitalidade do Direito Romano, esta energia, esta oportunidade, esta vigorosa preponderância, não é obra do acaso, nem conseqüência da atividade criadora que ele ainda contém em grande proporção.

"O atrativo que o Direito exercia sobre s romanos, – diz von Jhering – [10] *– não provinha de satisfação que proporcionava à inteligência e ao sentido jurídico.*

"O Direito para eles, mais do que simples fonte de gozos e de satisfações intelectuais, foi objeto de enobrecimento moral. Podia dizer perfeitamente que nenhum povo possuía leis tão sábias, instituições tão bem experimentadas e que nenhum outro povo havia feito tantos progressos, como eles, no conhecimento do Direito.

"Além disto, tinha como sua maior glória que em nenhuma parte do mundo o Direito era objeto de mais estima, de mais rigoroso respeito, nem encontrava, como em Roma, uma certeza mais absoluta de a inviolável realização."

Estudá-lo historicamente, através de todas as transformações sociais, políticas e econômicas, para assinalar o que lhe imprimiu movimento e contribuiu para o seu progresso, é, sem dúvida, armar o espírito do jurista a melhor apreender o valor do que seu conhecimento e a natureza íntima do sentimento que o inspirou, o que importa dizer preparar o terreno para uma edificação mais

10 *Der Kampf um's Recht* – pág. 131.

sólida e em condições de maior comodidade para o esclarecimento das instituições jurídicas.

Foi o que procuramos fazer com o que escrevemos nos três volumes que damos agora à publicidade: desbravar o campo das irregularidades que pudessem embaraçar a abundância da colheita e mostrar como a frutificação se fez em razão do próprio labor dos sábios semeadores.

*

Não podemos encerrar estas ligeiras considerações sem aludir ao fato recentíssimo da supressão da cadeira de Direito Romano do curso de bacharelado das nossas Faculdades Jurísticas pelo Dec. n.º 19.852, de 11 de abril de 1931.

Preenchendo uma lacuna na organização do ensino jurídico entre nós, a recente reforma criou um curso especial de doutorado, *em dois anos, com três seções, compreendendo na primeira seção o* Direito Romano, estudando na sua história interna e na evolução dos seus Institutos em confronto com as legislações modernas *(art.27, § único) e retirando do curso de* bacharelado, *como vinha desde a reforma de 1854, a cadeira que recebera então a denominação de curso de* Institutas de Direito Romano.

A criação do doutorado jurídico, nas condições indicadas, posto que reduzíssemos em matérias estudadas para a conquista de tão elevado título, é idéia digna de aplausos, embora cause verdadeira estranheza, a quem lida com estes assuntos, não ver, na relação das matérias que compõem as três seções, as cadeiras de Direito Canônico e de História Geral do Direito, ou, pelo menos, de História do Direito Nacional.

Não visando o curso de doutorado outra finalidade senão a meramente educativa, pois, todos os direitos outorgados aos doutores

são também outorgados aos bacharéis, o título de doutor não representa um valor economicamente apreciável na vida profissional, valor que parece ser o motivo fundamental do ensino na reforma. Isto importa reconhecer que o legislador poderia juntar, sem prejuízo a qualquer daquelas seções, as cadeiras aludidas, ou pelo menos substituir a de Filosofia de Direito da segunda seção pela de Direito Canônico, e a de Psicopatologia Forense e Criminologia, da terceira seção, que já tem o Direito Penal Comparado e Sistemas Penitenciários, pela de História Geral Do Direito, *ou somente* História Do Direito Nacional.[11]

Não obstante colocado no curso de doutorado, não se compreende a supressão do ensino do Direito Romano aos bacharéis.

Justificando essa supressão o autor da reforma oferece como fundamentos de sua deliberação: a) nunca se ter estudado nas Faculdades de Direito do Brasil propriamente o Direito Romano, mas, sim, "noções gerais de direito", *de* "enciclopédia jurídica", *ilustradas com citações do* Corpus Juris, *– b) – o tempo escasso destinado ao estudo do direito moderno, indispensável a um curso de finalidade profissional, não comporta o estudo das instituições caducas, que constituem matéria da arqueologia jurídica, – c) – os resíduos úteis do Direito Romano podem ser estudados no Direito Civil.*

E, desenvolvendo as razões justificativas da imprestabilidade do Direito Romano para a cultura do bacharel, afirma que "o direito romano poucos subsídios úteis oferece ao estudo do direito positivo" *e que, por exemplo, as* obrigações *que, na opinião de Van Wetter,*

---

11 No curso do *bacharelado* o estudante já travou conhecimentos da *parte geral do Direito Penal,* da *Teoria dos crimes em espécie* e da *Medicina Legal,* no 2º, 3º, 4º anos e; com o estudo de *Direito Penal Comparado e dos Sistemas Penitenciários,* completa os quadros da *Criminologia* e da *Política Criminal,* integrando, assim, preparo educativo ao de um criminalista.

Kentz, Polacco e Saleilles, são "a parte viva", a "figura predileta", *a* "em que mais fulgura a sabedoria dos juristas" *e a* "obra-prima do direito quiritário" – *constituem a parte que no direito moderno sofre as mais radicais e profundas alterações.*

Entretanto, aqueles motivos e estas razões não podem absolutamente convencer a quem conhece, por ver de ofício, matéria e as necessidades de um curso de finalidade profissional entre nós.

A primeira razão, consiste em dizer que nunca se ensinou Direito Romano nas Faculdades do Brasil, não autorizaria outra providência senão a de mandar observar a lei que ordenava este ensino: pura medida de administração e cumprimento de dever.

Mas, proclamar a existência do fato e procurar removê-lo, não extinguindo a causa que o determinara, porém, suprimindo a vantagem que os seus efeitos afetavam, é, na verdade, criar um mal maior do que o que se procurou remover.

Entretanto, é preciso dizer, com absoluta certeza, que se o fato se dava em algumas Faculdades Jurísticas, especialmente conhecidas do ilustre autor da reforma, não se verificava em relação às outras existentes no país.

No Brasil, em geral, e, podemos afirmar, nas Faculdades de Direito do Recife, de São Paulo e da Universidade do Rio de Janeiro, sempre se ensinou na cadeira de Direito Romano, além das noções fundamentais, pelo menos as instituições jurídicas compreendidas no direito das pessoas *e, podemos afirmar, os nossos alunos, há 17 anos, vêm recebendo, não simples* "noções gerais de direito" *ou de* "enciclopédia jurídica", *mas, conhecimentos mais ou menos completos de história externa e dos grandes departamentos da* história interna – *a* família, *a* propriedade, *as* obrigações *e as sucessões.*

A questão não é, pois, como se afirma, de confissão de um estado de cousas preexistente que a supressão da cadeira viesse a constatar e remover.

Mas, ainda que assim fosse, que vantagem poderá haver em suprimir a cadeira de Direito Romano, por na mesma se ensinar apenas noções gerais o direito, *e em seu lugar criar a de* Introdução à Ciência do Direito, *que, em rigor, outra coisa não é senão o conjunto de noções gerais ou a própria enciclopédia jurídica? Ao menos no Direito Romano o aluno aprenderia a* tecnologia da Ciência *e receberia as ilustrações do* Corpus Juris, *que não são para desprezar.*[12]

Acresce que, se foi, também, o tempo escasso que impôs a supressão da cadeira para maior desenvolvimento do estudo do direito moderno, não se compreende que fosse suprimida a cadeira de Direito Civil, que estava com Direito Constitucional e Direito Romano no 1º ano, e em lugar dela se não colocasse outra matéria, pois o 1º ano ficou reduzido pela reforma, a 2 cadeiras – Introdução à Ciência do Direito e Economia Política e Ciência das Finanças, *com aula diárias.*

Dizer que o Direito Romano "poucos subsídios úteis oferece ao estudo do direito positivo" *chegaria a ser um disparate, se não fosse uma afirmação destituída inteiramente da percepção da realidade dos fatos de observação quotidiana dos que vivem nos labores das profissões que aplicam o Direito.*

A expressão direito positivo, *empregada pelo legislador, ou se refere à* lei nacional e à doutrina dos juristas pátrios, *ou*

---

12 Veja-se no 1º vol. do – *Espírito de Direito Romano* – de R. von Jhering – o Cap. 1º, do Tít. II –, especialmente a parte relativa às – *regras, noções, instituições jurídicas – organização psíquica do direito.*

nos indica a legislação estrangeira *codificada e desenvolvida pelos grandes mestres da nossa ciência.*

Mas, que é a lei nacional, *que é a lição* dos nossos mestres *senão um conjunto de regras jurídicas formuladas sob a influência do Direito Romano e com utilíssimos subsídios por ele fornecidos?*

Se passarmos em revista os 1.807 artigos do nosso Código Civil, verificaremos que mais de quatro quintos *deles, ou sejam 1.445, são produtos de cultura romana, ou diretamente aprendidos nas fontes da organização justinianéia, ou indiretamente das legislações que ali foram nutrir-se largamente, como aconteceu a Portugal, a Alemanha, a França e a Itália, que fizeram do Direito Romano o manancial mais largo e mais profundo para mitigar sua sede de saber.*

E o que é exatamente mais interessante é que a parte do nosso Código Civil que mais direta e preponderantemente recebeu aquela influência e recolheu mais abundante messe de subsídios foi a do direito das obrigações *(arts. 863 a 1571), que o autor da reforma entende ser a parte que sofre as mais radicais e profundas alterações.*

Não é de outra sorte que ocorre com as legislações codificadas mais recentes, desde o Código Civil Alemão (1890), a seguir nos Códigos Civis do Japão (1897), da Suíça (1912), da Turquia (1926) e da China (1930), os quais trazem, na face mais à vista, traços inconfundíveis da fisionomia genuinamente romana que vieram da origem.

O Código Civil da China, o mais moderno monumento de legislação codificada, cujas três primeiras partes já estão em execução, não obstante organizado por uma comissão de juristas chineses para ter aplicação em um país alheio à civilização latina, o Código Civil da China pode servir de paradigma e exemplo da autoridade do Direito Romano e da necessidade dos juristas contemporâneos

procurarem generalizar o seu conhecimento pela manifestação utilidade que proporciona no entendimento das legislações modernas.

Foi, portanto, evidentemente infeliz o autor da reforma dos cursos jurídicos privando os que se destinam à vida profissional desse grande e valioso instrumento de preparo da inteligência para a exata compreensão do fenômeno jurídico, privação tanto mais sensível quanto é certo que o Direito Romano tem dois aspectos utilíssimos, que se impõem a todos os cultores do Direito – satisfaz perfeitamente ao espírito científico e fornece elementos seguros para satisfazer as necessidades da prática.

Não temos dúvidas que o brilhante espírito do autor da reforma, meditando com maior cuidado sobre o caso, fará o Direito Romano voltar a sua posição no curso de bacharelado, sem prejuízo da que lhe foi dada no curso de doutorado, como foi sugerido no parecer da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, quando consultada sobre a reforma, parecer a que prestamos nossa assinatura.

Sol também tem eclipses; mas são passageiros e lhe não reduzem a força dominadora do sentido da vida universal.

*

Dedicando o nosso modesto trabalho à boa terra em que tivemos a felicidade de nascer, cumprimos um dever imperiosamente imposto à nossa gratidão e pagamos, embora com moeda de insignificante valor e tardiamente, o que lhe devemos de profundo amor e das mais doces recordações do passado cuja memória nem os quarenta anos de ausência puderam enfraquecer.

Rio de Janeiro, 25 – maio – 1931.

Livro Primeiro

Organização do Direito Romano

. . . .

Título I

HISTÓRIA EXTERNA E INTERNA DO DIREITO ROMANO: CONCEITO DE LEIBNITZ; POMPONIUS E GAIUS

SUMÁRIO – TODAS AS CIÊNCIAS PODEM SER ESTUDADAS SOB DOIS ASPECTOS CAPITAIS – *FILOSÓFICO E HISTÓRICO.* FORMAÇÃO ORIGINÁRIA DO DIREITO – AS IDÉIAS DE THIBAUT E DE SAVIGNY E OS CURSOS DE DIREITO ROMANO. O *PARENTESCO INTERNO* E A *CONEXÃO DE FATOS* COMO RESULTADOS DE UM ATO LIVRE DE DEUS E DA HUMANIDADE, SEGUNDO JHERING. DENOMINAÇÕES PROPOSTAS ÀS CIÊNCIAS QUE ESTUDAM O DIREITO FILOSÓFICA E HISTORICAMENTE. O DIREITO ROMANO COMO FENÔMENO FILOSÓFICO E HISTÓRICO NAS QUATRO FASES DO SEU DESENVOLVIMENTO. LEIBNITZ E A HISTÓRIA DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO EM ROMA; UMA, DENOMINADA *HISTÓRIA EXTERNA*, OUTRA, *HISTÓRIA INTERNA.* CONCEITO DE CADA UMA: EXEMPLOS. CRITICA À CONCEPÇÃO DE LEIBNITZ E A *HOMOGENEIDADE* E A *SIMULTANEIDADE* DO MOVIMENTO HISTÓRICO, SEGUNDO JHERING. O *ELEMENTO CRONOLÓGICO* PARA EXPLICAR O FENÔMENO JURÍDICO. O DIREITO ROMANO COMO PRODUTO DO TEMPO. O TEXTO DE POMPONIUS, NO *DIGESTO* – L. I, T. II, FR. 2º, CONSTITUI UM CAPÍTULO DE *HISTÓRIA EXTERNA*, COMO TAMBÉM SÃO MUITOS DOS LIVROS DE CÍCERO, SUETÔNIO, TITO LÍVIO, GRANIUS FLACCUS, DIONÍSIO DE HALICARNASSO, PLUTARCO E OUTROS. PARA BEM COMPREENDER O *OBJETO* DA *HISTÓRIA INTERNA*, BASTA ATENDER À *TRIPARTIÇÃO* DO *DIREITO ROMANO* FORMULADA POR GAIUS NAS SUAS *INSTITUTAS – COMENTÁRIO* I, § 8º.

HISTÓRIA EXTERNA E INTERNA – Sílvio Romero, o notável filosofo pátrio, justificando a sua classificação das ciências, que compreende quatro grandes grupos – Propedêutica, Naturalística, Transição

e Socialística, – subordinou o estudo de todas as ciências a dois aspectos capitais: um, geral e sintético, de unificação do saber, no seu estado atual, – e outro, no seu desenvolvimento e evolução no tempo e no espaço.[1] Ali, a filosofia, aqui a história.

Observação *sui generis* desse fecundo espírito, concepção, verdadeiramente científica, por nenhum outro filósofo aventada, não podemos subtrair-nos à contingência de, no estudo do Direito Romano, como de qualquer outra instituição social, seguir o caminho traçado pela Filosofia e pela História, por mais difíceis que sejam os *processos* daquelas e por mais escassos e confusos que sejam os elementos que esta fornece.

Não houve, com certeza, no lúcido espírito do eminente cientista, ao encarar a ciência sob estes dois grandes aspectos, o propósito de fazer a Filosofia preceder à História na explicação dos fenômenos científicos, nem subordinar a História à Filosofia, para submeter os fatos, dependentes ou independentes da vontade humana, à observação e à comparação, para depois chegar-se à indução e à dedução, mas, sim, subordinar a ciência às duas correntes paralelas.

É bem conhecida a velha questão de saber qual a formação originário do Direito. No começo do século passado, larga polêmica travou-se na Alemanha e na França, entre preclaríssimos juristas, para resolver essa questão.

Thibaut, imbuído dos velhos princípios de um Direito Natural destinado a corrigir as sociedades, independentemente da contribuição de idéias do homem, deu lugar a que Savigny demonstrasse, com lógica inatacável, que o Direito é um fenômeno histórico, forma-se pelos costumes e pelas crenças e não exclusivamente pela vontade do legislador. A sua tese era a de que "a lei constata o direito, mas não o cria".[2] Esta solução foi, sem dúvida, um poderoso elemento para a intensificação dos estudos de Direito Romano.

Warnkoeing, na sua lição de abertura do curso de Direito Romano na Universidade de Liège, em 1820, sustentava que os cursos de Direito

---

1 *Ensaio de Filosofia do Direito*, 2ª ed., pág. 39.

2 Vid. Edouardo Cuq – *Les Instituitionis Juridiques des Romains* – ed. de 1891 – Introd. pág. XVIII, nota 1.

Romano, quer elementares, quer aprofundados, devem, necessariamente, ser acompanhados de noções históricas, e o decreto francês de 24 de julho de 1889 consubstanciou a opinião uniforme de eminentes professores das Faculdades de Paris, Bordeaux, Lyon, Dijon, Rennes, Lile, d'Aix, Caen e Montpellier, que sustentavam que o ensino do Direito Romano, por mais elementar, para que possa conservar sua utilidade como meio de educação jurídica, deve ser acompanhado da história das instituições.[3] E não é outra a opinião do notável R. von Jhering, quando, com a sua genial concepção da história, não com um *perpetuum mobile* automático da dialética, mas, como o *parentesco interno* e a *conexão de fatos*, resultado de um ato livre de Deus e da humanidade, sustenta que: "Apesar de toda a arbitrariedade dos homens, o Direito tem a sua história e a mão de Deus o governa, com a diferença de que não tão visível com a da natureza. Ensinam-nos a conhecer a Deus na flor e na árvore; mostram-nos as estrelas para chegar, em sua inumerável multidão e nas leis do seu movimento, ao mais sublime exemplo da onipotência de Deus; porém, à medida que o espírito se eleva sobre a matéria, a ordem e a majestade do mundo intelectual se alçam por cima o mundo físico: o curso das idéias morais, no tempo, é, sem dúvida, mais maravilhoso do que o movimento dos corpos celestes no espaço".[4]

Mas, haverá uma ciência, definitivamente organizada, que estude o Direito filosoficamente e historicamente? Quais as denominações que lhes têm sido dadas e quais, rigorosamente, os seus objetos?

Para o estudo do Direito sob o ponto de vista filosófico, abandonada a velha expressão *Direito Natural*, várias são as ciências que vêm tomando por objeto assuntos jurídicos e recebendo denominações diferentes: *Propedêutica Jurídica, Sociologia Jurídica, Enciclopédia Jurídica, Filosofia do Direito*, etc.

Não nos cabe, aqui, apurar a questão de saber qual destas expressões corresponde, com maior exatidão, ao campo de pesquisas de cada uma, mesmo porque a expressão *Filosofia do Direito*, bem ou mal, já está

---

3 Cit. Edouardo Cuq. – loc cit. – pág. XXV, not. 1.

4 "Espírito del Derecho Romano" – Trad. de Enrique Satorres – ed. de 1912 – vol. 1º, págs. 78 e 79. – *Revista da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro* – Ano de 1916, vol. XII – Discurso inaugural das aulas de Direito Romano – págs. 11 e 12.

consagrada legalmente, entre nós, como a da ciência que estuda o Direito filosoficamente.

Criada a cadeira de Direito Natural nos nossos cursos jurídicos, depois substituída pela Filosofia do Direito, mais tarde transformada em Enciclopédia Jurídica e, novamente, em Filosofia do Direito, como é atualmente, esta última expressão, além de, a nosso ver, corresponder à realidade científica, tem a seu favor a consagração da lei de ensino.[5]

A expressão *Propedêutica Jurídica* não traduz, com exatidão, a ciência que se pretende denominar, porque os estudos filosóficos do Direito não se propõem a formular simples prolegômenos ou meros princípios de introdução; vão muito além, chegam mesmo, muitas vezes, a esgotar os assuntos, fixando leis, que são sempre o resultado de demoradas pesquisas e penetração na essência dos institutos jurídicos.

A expressão Sociologia Jurídica, que seria, aliás, mais apropriada, tem, ao contrário da Propedêutica Jurídica, um âmbito mais largo –, estuda os fenômenos sociais de ordem jurídica, não só sob o ponto de vista filosófico, como moral, econômico e político, o que, bem se vê, excede em muito ao objeto da ciência de que se trata.

Da mesma forma, a Enciclopédia Jurídica é um conjunto de conhecimentos gerais sobre assuntos jurídicos, em cujo campo de pesquisas e trabalhos entram muitos assuntos de todas as ciências precedentes – Propedêutica e Sociologia Jurídica –, podendo mesmo dizer-se que estas são derivadas daquela.

Parece-nos, portanto, que se não deve substituir a denominação, simples e expressiva, de Filosofia do Direito para a ciência que estuda o Direito filosoficamente, tanto mais quanto já teve ela a consagração da linguagem multissecular dos juristas e dos filósofos.

---

5 O Dec. n.º 16.782 A, de 13 de janeiro de 1925, art. 57, IV, manteve a cadeira de *Filosofia do Direito*, deslocando-a, porém, do 1º para o 5º ano do curso. Não cabe aqui discutir se o legislador fez bem ou mal na deslocação da cadeira para o extremo do curso. Basta assinalar o fato, para mostrar que nas Faculdades de Direito no Brasil o estudante não especializa os conhecimentos filosóficos das ciências jurídicas senão depois de haver percorrido toda a escala do Direito historicamente considerado, ou seja da lei expressa nos códigos e na legislação esparsa.

Mas, para os próprios filósofos, as origens, ainda que nebulosas, têm um interesse extraordinário, chegando alguns a dizer, como Renan[6] – que "pela sua essência, a embriogenia é uma ciência das mais, interessantes, porque é por ela que se penetra nos segredos da natureza, no seu poder plástico, na sua fecundidade inexaurível".

Entretanto, assinalar o caminho do Direito, desde a sua primeira manifestação até a sua definitiva organização, solicita, muita vezes, induções, que podem suprir as deficiências da História, mas, não dão a esta o cunho de certeza imprescindível aos espíritos que se preocupam com a verdade inteira e irredutível da evolução dos fenômenos jurídicos.

Esta situação criou, também, para os cultores do Direito em geral, uma ciência nova, cuja denominação não está ainda definitivamente assentada, mas, cujo conteúdo vai sendo objeto de estudos sérios. Uns propõem que se lhe chame Paleontologia Jurídica, outros Arqueologia Jurídica, ainda outros Jurisprudência Comparativa, chegando alguns, até mesmo, a confundi-la com a Legislação Comparada.

A expressão Paleontologia Jurídica não pode convir à linguagem de nossa ciência para significar o objeto de que se trata. A Paleontologia tem por objeto o conhecimento das raças animais e a natureza dos vegetais que outrora existiram sobre a Terra e de que só se encontram restos fósseis e é bem de ver que as instituições jurídicas da Antiguidade não podem ser tida como fósseis, pois que, em grande número, elas vêm atravessando todas as revoluções sociais e muitas vivem entre nós perfeitamente adaptadas ao nosso meio e sem temer os deslumbramentos da civilização atual.

A expressão Arqueologia Jurídica, tomada a palavra arqueologia por empréstimo à história das artes, não corresponde ao conceito tradicional desta, que outra coisa não é senão o conjunto de dados explicativos de monumentos artísticos da Antiguidade, estabelecendo regras dogmáticas sobre os primeiros elementos das artes consideradas abstratamente, ao passo que no estudo das velhas instituições jurídicas não se procura saber o que elas têm de abstrato, mas, sim, o que têm de concreto, no conceito e na aplicação da regra.

---

6 *A Igreja Cristã* – Prefácio – *in fine.*

A expressão Jurisprudência Comparativa, de que se serviu o Professor de Direito Romano da Universidade de Oxford – Sumner Maine,[7] dado o conceito atual da palavra jurisprudência, restringe o domínio da ciência, fazendo corresponder o seu objeto à parte dramática do Direito, com evidente esquecimento do seu elemento espiritual e mesológico, ocultando o seu aspecto teórico.

A expressão *Legislação Comparada* corresponde, hoje, a uma ciência perfeitamente organizada e com o seu campo de especulações precisamente determinado: é, por assim dizer, a *boca* que clama pela universalização do Direito e o *braço* que maiores e mais enérgicos esforços tem empregado para torná-lo "*o único soberano do mundo*", na frase feliz de Carrara.

Destacada a História Geral do Direito, para constituir-se em ciência autônoma, o seu método é o método geral das ciências: observa e compara as leis escritas de todos os povos, para chegar a indução e dedução; o seu fim não é somente revelar o imenso tesouro de sabedoria que, porventura, essas leis contenham; é, também, e principalmente, procurar a norma jurídica e adaptá-la ao meio que serve de termo de comparação, buscando explicar a coação correspondente.

É bem de ver, portanto, que ela tem um fim muito mais vasto do que a simples pesquisa de instituições jurídicas para o trabalho da comparação.

A História Geral do Direito, embora beba na mesma fonte, apenas tem por fim capitalizar fatos, descrever institutos do domínio do Direito, explicando as causas determinantes e a evolução operada no meio social gerador desses institutos, para tornar-se, como poderemos dizer, o ubertoso seio onde os juristas e sociólogos vão buscar o precioso alimento para a nutrição do pensamento jurídico e as energias imprescindíveis à organização da disciplina social.

Mas, seja qual for a denominação definitiva, o que nos parece fora de dúvida é que a expressão História Geral do Direito, compreendendo, com maior propriedade e exatidão, o grande âmbito, o imenso caminho percorrido pelos institutos jurídicos, não carece de sucedânea para

7 *Direito Antigo – Comunidades e aldeias no Oriente e no Ocidente.*

caracterizar a ciência que tem por fim estudar esses institutos no seu berço e através de seu desenvolvimento no seu tempo e no espaço.

O Direito Romano, estudado filosoficamente, apresenta na sua evolução idéias fundamentais presidindo e estimulando o seu aperfeiçoamento. Mas, nem por isso, perde o seu caráter essencial de fenômeno histórico.

Como fenômeno histórico é um imenso tesouro de sabedoria e foi devido principalmente à energia de sua atividade na regulamentação da vida do grande povo, energia que se fundava na unidade progressiva, que sempre manteve, e na simplicidade lógica, nunca abandonada, que conseguiu tornar-se um modelo universal.

Com efeito, nas quatro fases que costumam assinalar o seu desenvolvimento científico, nota-se nitidamente a constante reação do presente contra o passado.

Na primeira fase, que pode chamar-se a dos *mores veterum,* era rigorosamente consuetudinário, não tinha um caráter próprio e específico para poder distinguir-se da religião. Nascia, por assim dizer, do altar da família, propagava-se de lar em lar, dominava os espíritos por uma prática constante, supersticiosa, e cristalizava-se, afinal, como regra, para resolver casos particulares. A função sacerdotal era, ao mesmo tampo, uma função legislativa: o Pater Famílias era o Ministro da Religião e Legislador da Casa.

Dá-se nesta primeira fase e na ordem das idéias que a caracterizam a conjunção dos três princípios de que fala Jhering – : o princípio da vontade subjetiva, o princípio criador do Estado e o princípio religioso.[8]

Formulada a regra e depurada dos elementos nocivos que porventura contivesse, ao sacerdote competia aplicá-la e essa aplicação constituía um *sacramentum,* obedecendo a um ritual *sui generis,* a uma ciência oculta, impenetrável aos olhos profanos.

Direito próprio do cidadão, *jus ipsum,* do qual não participava a plebe, recebeu a denominação característica de *Jus Civile.*[9]

8 Cit. *Esp. del Derecho Romano* – vol. I, pág. 129.

9 *Nam quod quisque populus ipse sibi jus costituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis – Inst. de Just.,* L. 1º, T. 2º, § 1º.

Não obstante oriunda de uma revolução plebéia e, portanto, conseqüência de uma reação contra a ordem das coisas até então dominante, a Lei das XII Tábuas recolheu esse Direito e fixou o seu caráter tradicional e consuetudinário: o instituto de Caio Terêncio Arsa, o Tribuno da Plebe, foi, assim, subvertido pela astúcia do patriciado.[10]

Na segunda fase, devido à dilatação dos seus domínios e ao desenvolvimento prodigioso da Cidade, as conquistas e as belezas de Roma atraíam para o seu centro de maior importância – a Cidade das Sete Colinas – povos diversos, que traziam *costumes jurídicos e crenças religiosas*, às vezes racionais e eqüitativas. As relações estabelecidas por esses estrangeiros, entre si, ou com cidadãos romanos, determinaram no espírito do Pretor, que tinha de resolver questões a que elas davam lugar, a necessidade de comparar o *Jus Civile* com esses costumes e como extrair da comparação princípios jurídicos aplicáveis às várias hipóteses.

Ferem-se, por tal forma, uma luta constante e reações permanentes entre o *jus strictum* e a *aequitas*, sugerindo a criação do Pretor Peregrino,[11] e o gênio romano conseguiu conciliar o dualismo e criar ao lado do *Jus Quiritium*, o velho direito tradicional, um novo conjunto de princípios, a que foi dada a denominação de *Jus Gentium*, fonte do Direito Comercial Romano, na lição de Guido Padalletti e outros.[12]

Estas reações levaram aos espíritos a convicção de que o Direito tem princípios gerais que não conhecem fronteiras, nem raças e, daí, começou uma larga e fecunda elaboração científica, que chegou a provocar a definição de Celsus – *ars boni et oequi* –, repetida por Ulpianus como um conceito verdadeiro e indiscutível.

---

10 Mommsem – *História Romana* – vol. 1º, pág. 349 (ed. francesa de Guerle); Oliveira Martins – *História da República Romana* – vol. 2º, págs. 77 e seguintes; Vannuci – *Storia dell'Italia Antica* – págs. 48 e seguintes.

11 *Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo proetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et allius proetor, qui peregrinus appelletus est, ab eo, quod plerumque inter peregrinus jus dicebat.* – Pomponius – Dig. – de orig. jur. – L. 1º, T. 2º, fr. 2º, § 28.

12 Vid. Guido Padelletti – *Storia del Diritto Romano,* – págs. 257 e seguintes; Wlassak – *Leys Processales Romanas,* – vol. 2º, pags. 93 e seguintes; Rudolf Sohn – *Derecho Romano Privado* – pág. 98.

Entretanto, enquanto Roma trabalhava em aformosear o Direito, a Grécia, com o gênio dos seus Zênon, Sócrates, Platão, Xenofontes e Aristóteles, embelezava a filosofia e tornava-a a ciência por excelência, a chave de toda a sabedoria.

Em Roma, a filosofia helênica achou logo um adepto fervoroso no divino Cícero, vulgarizador de grande talento, espírito fecundo, servindo por palavra encantadora e empolgante.

Aplicar as idéias filosóficas da Grécia ao serviço do Direito, foi, em Roma, obra de um momento. O conceito do *Jus Gentium* já era acanhado, teve de alargar-se, perder o caráter político internacional,[13] para assumir o de regra aplicável a todos os animais que nascem no ar, na terra e no mar[14] e daqui a criação do *Jus Naturale*, determinando a terceira fase das idéias jurídicas.

A partir deste novo conceito filosófico do Direito, assombrosa foi a cooperação de homens notáveis no trabalho hercúleo da formação definitivamente científica do belo monumento.

De Labeo até Modetinus, num período de 264 anos, o pensamento jurídico de Roma tomou proporções gigantescas e pode dizer-se que não há em toda história da humanidade maior grandeza intelectual de um povo do que à que chegaram os romanos durante esse período.

As divergências religiosas entre pagãos e estóicos acentuavam-se cada vez mais e o Cristianismo, que vinha numa ação lenta, porém, persistente, conquistando corações e disciplinando idéias, começou a exercer eficaz influência na formação do Direito.

Iniciou-se, assim, a quarta fase da evolução do Direito Romano, coincidindo com a decadência de Roma, que deixou de ser o inesgotável celeiro de grandes generais e de grandes jurisconsultos, como fora durante muito tempo.[15]

---

13 *...quasi quo jure omnes gente utantur – Inst.* – loc. cit.

14 *...quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quoe in coelo, quoe in terra, quoe in mari nascuntur – Inst.* – L. 1º, T. 2, pr.

15 Vid. a cit. *Revista da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro* – (vol. XIII, ano de 1916, págs. 14 a 17.)

Eis aí fases filosóficas que, rigorosamente, não coincidem com as fases históricas da formação do grande monumento. A resistência do *Jus Civile* às tentações da *Jus Honorarium* e à ação penetrante e dominadora da Filosofia helênica, é, pois, um fenômeno próprio do caráter histórico do Direito, em geral, e do Direito Romano, em particular.

CONCEITO DE LEIBNITZ – Leibnitz, estudando no seu precioso livro – *Nova Methodus* – o desenvolvimento do Direito, verificou que os dois mais vigorosos ramos que partem do seu troco – o Direito Público e o Direito Privado – devem ter duas histórias diferentes e propôs as denominações de história externa para a do Direito Público e história interna para a do Direito Privado.[16]

A *história externa* ocupa-se das fontes do direito já organizado e explica a sua formação, descrevendo o organismo em plena função, desde a sua causa eficiente, até chegar ao que poder-se-á chamar cristalização integral da norma e da coação.

A *história interna* procura conhecer a origem e acompanhar o desenvolvimento de cada uma das instituições jurídicas, desde o seu nascimento até a sua completa e definitiva organização. Ali, a história toma para objeto de suas pesquisas o conjunto de atos legislativos: é uma visita geral do monumento; aqui, o objeto particulariza-se, restringe-se ao ponto de vista de cada uma das instituições.

A *história externa*, tendo por objeto as *fontes do direto*, explica o aparelho que dá movimento às regras jurídicas e as reveste de poder coercitivo. Toda legislação positiva recebe os seus preceitos em razão de uma necessidade, mais ou menos imperiosa, para equilíbrio da vida social e é exatamente essa razão que impõe o caráter obrigatório aos mesmos precei-

---

16 Leibnitz – *Nova Methodus discendoe docendoeque jurisprudencioe* § 29 – assim se exprime: – Jurisprdentia historica est vel interna vel externa: illa ipsam jurisprudentiae substantiam ingreditur, haec adminiculum tantum est et requisitum. Historia juris interna est, quoe variarum rerum publicarum jura recenset: desidero tamen specialiorem recensionem, qui a quolibet tribuno per pebliscita, aut quolibet consule per senatusconsulta, praetore per edicta et imperatore per constitutiones ordine innovantum sit, donec in hanc formam jus romanum crevit. – Vid. – Maynz – *Curso del Derecho Romano* – ed. Pou Y Ordinas – de 1913, vol. 1º, pág. 28.

tos. As causas que os solicitam começam a atuar no espírito dos membros da sociedade antes que o poder legislativo as perceba. É exatamente por isso que, em regra, um princípio jurídico começa por ser *costume*, para, depois, assumir a forma de disposição legal.

A história externa do Direito vem a ser, portanto, a exposição das causas que simultaneamente, ou sucessivamente, produziram, em um povo, regras obrigatórias de Direito, providas de uma sanção positiva, ou seja a explicação do organismo destas causas, dos modos de funcionar, dos efeitos mais notáveis que produziram e daqueles fatos culminantes a que deveram sua origem, seu desenvolvimento e seu desaparecimento.[17]

A *história interna*, porém, penetra, mais e mais, o íntimo das regras jurídicas, examinado-as em seu conteúdo e acompanhando o seu desenvolvimento das instituições sob a influência dessas regras. Se estudarmos, por exemplo, historicamente, a evolução do *direito de propriedade* em Roma, encontraremos o comunismo antigo estabelecendo uma espécie de compropriedade; veremos, depois, a *mancipatio* revelando a existência da propriedade privada, familial, a princípio, em seguida individual: era o *dominium ex jure Quiritium*, ou a *propriedade quiritária*. Mais tarde, porém, o Pretor foi admitindo exceções ao exclusivismo reinante e, por meio de ficções, admitindo uma propriedade regulada pelo *Jus Gentium*: era o *dominium bonitarium*. A constituição do imperador Caracala, concedendo, em 212 da era cristã, o direito de cidade a todos os habitantes do Império Romano, fez com que a distinção entre *propriedade quiritária* e *propriedade bonitária* perdesse grande parte de sua importância e as célebres constituições de Justiniano – *de dediticia libertate tollenda* – e – *de latina libertate tollenda* – (Cód. L. VII, T. T. V E VI) deram o golpe de morte na velha distinção.

Eis aí um trecho de *história interna* do Direito Romano.

Si, porém, estudarmos, por exemplo, historicamente, a evolução dos *Senatusconsulta*, veremos que esta *fonte* do *direito escrito* atravessou três fases distintas: a da *realeza*, a da *república*, e a do *império*. Na primeira, o Senado, composto exclusivamente de *patrícios*, exercia cumulativamente funções consultivas e legislativas; era o Conselho do Rei para ajudar a ad-

---

17 Vide D. Antonio José Pou Y Ordinas – *Historia Externa del Derecho Romano* – pág. 8.

ministração do Estado e orientar o seu chefe nos casos de maior relevância e, ao mesmo tempo, a autoridade encarregada de examinar as deliberações dos Comícios e evitar que estes transgredissem os preceitos constitucionais e religiosos, sobre os quais assentava a organização social. Nenhuma deliberação dos Comícios revestia força de lei enquanto não recebesse a *autoritas patrum:* era como que a *sanção* das Constituições Políticas dos nossos tempos.

A distinção entre *patrícios* e *plebeus* deu lugar a uma verdadeira revolução, sendo incorporadas às *cúrias patrícias* algumas famílias plebéias (*minores gentes*) e deu-se-lhes entrada no Senado (*patrum minorum gentium*).

Proclamada a república, o elemento plebeu foi conquistando vantagens e prerrogativas tais, que os *Comícios centuriados* só por mera formalidade pediam a *autoritas patrum*, de forma que, respeitando a tradição, mas, invertendo a ordem do processo legislativo, a *Lex Publilia*, provavelmente do ano 282 da fundação do Roma, ordenou que a *autoritas patrum* deveria ser outorgada antes do projeto ser submetido ao voto dos Comícios. Com alternativas, de grande e pequeno poder, o Senado foi, pouco a pouco, excluindo o povo das funções legislativas, utilizando-se para isso da *interpretatio,* até chegar a decretar, por si mesmo, regras novas de Direito, que tinham aplicação imediata.

Com o advento do império continuou ele as suas funções legislativas, mas, os imperadores, por sua vez, colaboravam na confecção dos *Senatusconslta* por meio de *orationes in senatu habita*, que, mais tarde, se transformaram em mera formalidade, porque o próprio Senado reconhecia no Príncipe autoridade legítima para legislar, independente de sua intervenção. De absorção em absorção das funções legislativas do Senado, o imperador foi deslocando o centro da organização do Direito, de forma que, a partir do governo de Adriano, apresentam-se ao lado dos *Senatusconsulta*, como fontes de alto valor, as *Constitutiones Principum*, cuja autoridade provinha da consideração de que, sendo os imperadores magistrados do povo romano, gozavam do *jus edicendi.* Esta faculdade alargou-se por tal forma, que, no governo de Alexandre Severo, os *Senatusconulta*, cessaram por completo, sendo substituídos inteiramente pelas *Constitutiones Principum.*

Eis aí um exemplo de *história externa* do Direito Romano.

Cumpre, porém, observar que o conceito de Leibnitz tem sido

criticado e o preclaríssimo Jhering, considerando a homogeneidade e a simultaneidade do movimento histórico como características fundamentais da história do Direito, conclui por descobrir um conflito entre o elemento do tempo e o da conexão real da evolução histórica (elemento cronológico e elemento sistemático), levando suas observações ao ponto de julgar aquele secundário e acessório, ao passo que este essencial e determinante.[18]

POMPONIUS E GAIUS – Não obstante a crítica vigorosa do eminentíssimo Professor de Goetting, parece-nos que a *homogeneidade* e a *simultaneidade* do movimento da história do Direito Romano não revestem um caráter tão absoluto que force o historiador a prescindir do elemento *cronológico* para a explicação do fenômeno jurídico. O Direito Romano foi também um produto do *tempo* e muitas vezes uma simples *data* nos conduz à observação de modificações de grande importância e explica a causa eficiente de alterações profundas em diversas instituições jurídicas.

Foi devido, talvez, a esta consideração, que o grande jurisconsulto Sexto Pomponius, um dos mais fecundos juristas do 2º século da era cristã, escreveu, no tempo do imperador Adriano, o célebre *Liber Singularis Enchiridii*, em que os organizadores do Digesto de Justiniano foram buscar o mais precioso trecho da história externa do Direito Romano, escrita antes da monumental codificação do imperador bizantino.[19]

Embora se não trate de um trabalho perfeito e completo, tanto que o próprio autor determinou-o, – *Enchiridion* – palavra grega, que significa – livro pequeno, manual –,[20] estão de acordo todos os historia-

18 Vide – *Cit. Esp. del Der. Rom.* – vol. 1º, págs. 82 usque 100.

19 Vide – Apenso I –, em que damos o *texto* do excerto aludido, com a tradução em português. Discutem alguns historiadores do Direito Romano a questão de saber se este fragmento pertence integralmente a Pomponius ou se se formou por uma escolha de trecho de vários autores, atribuindo-se ao nosso autor para dar-lhe maior renome. É certo que os §§ 22 e 23 do fragmento parecem ter sido extraídos da obra de Gaius sobre as XII Tábuas (quando este trata dos *quaestores qui pecunioe proessent et appellabantur questores parricidii*). Mas, não é crível que estes fatos, cuja importância histórica é indiscutível, fossem do conhecimento de Gaius, que era um escritor *não histórico,* e ignorados por Pomponius, grande *historiador,* sendo ambos contemporâneos, embora Gaius mais moço do que Pomponius.

20 Vide *Dicc. L.* de Quicherat e Santos Saraiva – verb. – *Euchiridion.*

dores do Direito Romano em que relevantíssimo foi o serviço prestado pelo notável jurisconsulto à história externa do grande monumento, pois, nenhum outro tratou sistematicamente da história do Direito. Os livros de Cícero, Suetônio, Tito Lívio, Granius Flaccus, Dionísio de Halicarnasso, Plutarco e tantos outros que escreveram sobre a história de Roma, são auxiliares dignos de atenção para o conhecimento de muitas instituições jurídicas, mas, os seus autores, salvo Granius Flaccus,[21] não tiveram suas vistas solicitadas especialmente para o Direito.

A obra de Pomponius constitui, portanto um subsídio de valor inestimável para a explicação de muitos pontos obscuros da *história externa* do Direito Romano, principalmente do tempo que vem de Rômulo a Lei das XII Tábuas, ou mesmo até o aparecimento da *Lei Hortência de Plebiscitis* (ano de 468, da fundação de Roma), cujos acontecimentos mais notáveis fazem objeto dos §§ 1º a 8º, não obstante os trate em estilo quase *telegráfico.*

Para bem conhecer o objeto da história interna, basta atender aos dois primeiros departamentos da tripartição de Gaius, o operoso jurisconsulto do tempo de Antonino Pio a Cômodo (ano de 138 a 180 da era cristã), autor das *Quotitidianae, Regulae* e *Institutiones.*[22]

Esta tripartição é concebida nos seguintes termos: – "omne autem jus quo utinur, vel ad personas pettinet, vel ad res, vel ad actiones".[23]

Aí temos nos dois primeiros departamentos, destinados, ao Direito das Pessoas e ao Direito das Coisas, todos os institutos regulados pelo Direito Privado, o que importa dizer o objeto da *história interna* do Direito Romano.

O estudo que vamos desenvolver, nos 20 *Títulos* dos 3 primeiros

---

21 Conta-se que *Granius Flaccus,* jurisconsulto do tempo de Cícero, escreveu um comentário sobre o *Jus Papirianum.* Entretanto, nada de positivo e certo há a respeito. Segundo se vê em Bach – *Hist. Jurispr. Rom.* I, 1, § 8º) e Walter – *Geschichte des Röm. Rechts* – (§ 402, not. 8), citados por Maynz – (*op. cit.* – vol. 1º, pág. 82, nº 31, not. 9) nem mesmo é sabido o nome do trabalho de Flaccus. "É possível, - diz Maynz –, que os comentários de Granius Flaccus sejam a obra que Censorinus – *De die natali,* c. 3, – cita sob o nome de '*Indigitamenta*', isto é, "Quadro das Divindades".

22 Sobre as *Institutas de Gaius* veja-se o tít. III deste Liv. I, na referência à *época clássica.*

23 *Inst. Comm.* I, § 8º.

Livros do nosso trabalho, é restrito à *história externa* do Direito Romano, tomando para objeto, não somente a vida do monumento em Roma, como também a sua projeção luminosa ou irradiação sobre o mundo civilizado e a influência por ele exercida na formação do Direito de vários povos, até o que, entre nós, se fixou no *Código Civil* promulgado em 1º de janeiro de 1926 como Lei nº 3.071, para entrar em vigor em igual data de 1917.

Obedecendo a este critério, estudaremos no *Primeiro Livro*, dividido em 10 *Títulos*, a *Organização do Direito Romano*; no *Segundo Livro*, dividido em 5 *Títulos*, a *Expansão do Direito Romano, Causas do seu desenvolvimento* – e, finalmente, no *Terceiro Livro*, dividido em 5 *Títulos*, a *Influência Universal do Direito Romano.*

Título II

FONTES DO DIREITO ROMANO

SUMÁRIO – SIGNIFICADOS DA PALAVRA *FONTE* OS SEUS ASPECTOS, SEGUNDO SAVIGNY. O DIREITO COMO *FACULTAS AGENDI* E COMO *NORMA AGENDI,* OU NO *SENTIDO SUBJETIVO* E NO *SENTIDO OBJETIVO. FONTES DO DIREITO* E *FONTES DA CIÊNCIA JURÍDICA*: EXEMPLOS. CRÍTICA. DIVISÃO DAS *FONTES*: *JURÍDICAS* OU *INTERNAS* E *NÃO JURÍDICAS* OU *EXTERNAS, LITERÁRIAS E LEGISLATIVAS, DIRETAS* E *INDIRETAS, ESPECIAIS E GENÉRICAS. DIREITO ESCRITO E NÃO ESCRITO. SENTIDO GRAMATICAL E* JURÍDICO DESTAS EXPRESSÕES. OPINIÕES DE MACKELDEY, SAVIGNY, GLÜCK, ACCARIAS, ORTOLAN, DEMANGEAT, VAN WETTER, NAMUR, EUGÈNE, PETIT, GIRARD, BARROS GUIMARÃES, PINTO JÚNIOR, REINALDO PORCHAT E NETO CAMPELO. A OPINIÃO VERDADEIRA RESSALTA DAS *INSTITUTAS DE JUSTINIANO,* QUANDO ALUDEM AO *DIREITO ATENIENSE E LACEDEMÔNIO.* O DIREITO PÚBLICO DA GRÉCIA, SEGUNDO GEORGES PERROT, FORNECE A *PROVA HISTÓRICA* DESTE ASSERTO. CLASSIFICAÇÃO DAS *FONTES*: DIVERGÊNCIAS SOBRE COLOCAÇÃO EM UM E OUTRO GRUPO. *LEX, PLEBISCITUM E SENATUSCONSULTUM,* ORIGENS, FORMAS, CONCEITO E AUTORIDADE DE CADA UM. DEFINIÇÕES. O *DIREITO CONSUETUDINÁRIO,* SUA EVOLUÇÃO E CONTRIBUIÇÕES PARA A FORMAÇÃO DO *DIREITO CIVIL.* REGRAS PARA A AUTORIDADE DOS *USOS* E *COSTUMES. REVOGAÇÃO,* OU NÃO, DAS LEIS PELOS *COSTUMES.*

A PALAVRA *fonte* emprega-se para significar várias formas de origem das coisas. Rigorosamente, *Fonte* é a nascente d'água, o lugar onde se colhe o precioso líquido. Entretanto, por similaridade, serve para

a linguagem figurada[1] e é por isto que vemos freqüentemente dizer-se que está no sol a *fonte* da luz e do calor, nos olhos a *fonte* das lágrimas e em Deus a *fonte* de toda sabedoria.

Na tecnologia jurídica foi aproveitada a palavra *fonte* para significar a causa de uma instituição de Direito ou dos princípios jurídicos que a regulam.[2] Savigny[3] destina perto de 200 páginas ao estudo do conceito da expressão e de sua aplicação ao Direito Romano, considerando este sob duplo aspecto: *histórico* e *atual.* Desenvolvendo os preliminares sobre a natureza das fontes em geral, encara primeiramente o Direito como manifestação do poder da vontade individual, imperando com o consentimento de todos – é a *facultas agendi*, ou o Direito *em sentido subjetivo*; passa, depois, a estudar o Direito como regra dominadora das relações da vida – é a *norma agendi*, ou Direito *em sentido objetivo.*

Assim, aplicando as considerações feita ao Direito Romano *atual*, encontra, para este, três *fontes* – a *legislação*, os *costumes* e o que podemos chamar a *ciência jurídica.*

O nosso estudo versa tão-somente sobre o aspecto *histórico* do Direito Romano, entendido, porém, à luz da ciência, e não como simples descrição de fatos e caracteres distintos do Direito de outras nações. E como é o próprio sábio alemão quem afirma que "*as controvérsias são condições vitais da ciência*", não há remédio senão verificar até onde as controvérsias têm chegado na matéria que nos ocupa e como dirimi-las convenientemente.

---

1 Os clássicos latinos usam desta palavra em vários sentidos. Em Roma, mesmo, chegaram, até, a dar-lhe *personalidade*, levantando um templo sagrado à *Deusa Fonte*, a quem prestavam, com as solenidades do paganismo, expressivas homenagens na – *Fontanalia* – festa solene celebrada em sua honra.

2 O nosso preclaro Teixeira de Freitas ensina – *Vocabulário jurídico* – ed. de 1882 – pág. 103, verb. *Fonte*, que, além de sua significação natural, como origem de rios, ribeiros e regatos, a palavra tem duas significações jurídicas: uma, de *Fonte Batismal*, que é a *Pia do Batismo*; outra, como texto original de Leis e de outros Monumentos Jurídicos.

3 *System des Heutigen Römischen Rechts* – vol. I, §§ 1º a 31. O eminente mestre encontra distinção entre *Fonte* e *Origem*, chamando à primeira a *base do direito geral, por conseqüência as próprias instituições e as regras particulares que delas decorrem por abstração*, e a *segunda a vontade soberana do homem, causa eficiente das bases do direito* – Vejam §§ 6º e 7º.

A primeira que se nos apresenta e a que se refere à diferença entre *fontes do Direto* e *fontes históricas da ciência do Direito*. Embora, aparentemente, se possam confundir umas com as outras, porque se acham reunidas e, muitas vezes, é difícil traçar-lhes a linha divisória, nem por isso deixam de oferecer indicações específicas para a necessária diferenciação. É Savigny mesmo quem nos dá o exemplo para a controvérsia, dizendo que o *Digesto de Justiniano* é às vezes *fonte do Direito* e outras vezes *fonte histórica da ciência*, ao passo que a *Lei Vocônia*, uma das *fontes* do antigo Direito, não é *Fonte histórica*, porque já não existe.

Sem querer abrir discussão, a razão consignada não esclarece a solução; ao contrário, confunde ainda mais as duas idéias que se pretendia indicar diferentemente. Se a *Lei Vocônia* deixa de ser *fonte histórica*, porque já não existe, assim também todas as outras *Leis* deixam igualmente de ser, pela mesma razão. Mas, quem poderá recusar, por exemplo, à *Lei Aquilia* o caráter de *fonte histórica*, não obstante já não existir ao tempo de Justiniano, quando é certo que foi ela que forneceu aos compiladores das *Institutas* os elementos científicos para a construção da doutrina da *culpa extracontratual*?[4]

Para evitar, portanto, confusões que necessariamente perturbam a exata compreensão, não há processo mais seguro senão determinar, com critério lógico, a divisão das *fontes* de acordo mesmo com o que pensavam os romanos a respeito.

Entretanto, nem sempre este critério tem dominado o espírito dos romanistas e daqui as diferentes divisões das *fontes do Direito Romano* e até mesmo das denominações a elas dadas.

Assim, uns, encarando as *fontes* somente na parte em que elas interessam direta e imediatamente ao Direito, dividem-nas em *jurídicas*

4 *Institutas* de Justiniano – L. 4º, T. 3º, §§ 1º A 16. Veja-se o precioso estudo do fecuno professor da Universidade de Turim G. P. Chironi – *La Colpa nel Diritto Civile Odierno – Colpa Extra-Contratuale* – ed. de 1903 – 2 vols. No § 1º, o sábio mestre estuda as fontes do direito regulador da culpa Extra-Contrattuale na Lei das XII Tábuas e especialmente na lei Aquilia e mostra, no deenvolvimento de sua notabiliíssima obra, que, não obstante os 2200 anos que datam da adoção do célebre Plebiscito de Tribuno Aquilius (468 da fundação de Roma e 286 antes de Cristo), é ainda a fonte histórica da doutrina, nos seus três capítulos.

ou *internas* e *não-jurídicas* ou *externas*; outros, tendo em atenção a origem imediata, o fator, a causa do conhecimento do instituto jurídico, dizem que são elas *literárias* e *legislativas*, segundo se encontram em atos ou monumentos de uma ou de outra natureza; outros, ainda, considerando que algumas chegam ao nosso conhecimento por si mesmas e outras através de referências, mais ou menos precisas, mais ou menos verossímeis, chamam as primeiras *diretas* e as segundas *indiretas*.

Todas estas divisões se justificam pelas razões que as determinam. Mas, evidentemente, falta a divisão que deve assentar em considerações que visem os efeitos das *fontes*. Por isto, e considerando que muitas instituições jurídicas provêm de uma *fonte* única, servindo de modelo a todas às demais, e que muitas outras decorrem indiferentemente de *fontes* diversas, notando-se, ali, uma *espécie* e, aqui, *um gênero*, torna-se necessário admitir as denominações de *fontes especiais* e *fontes genéricas*.

Assim, se procurarmos, por exemplo, saber qual é a *fonte especial* da doutrina romana sobre a autoridade dos *plebiscitos*, veremos que é a *Lei Hortênsia*; ao passo que se quisermos assinalar quais as *fontes genéricas* do *Direito Romano Imperial*, teremos de buscá-las nas *constituições imperiais*.

As *fontes especiais* apresentam um caráter de singularidade: As *Leis Furia Testamentaria, Voconia, Falcidia de Legatis*, por exemplo, são *fontes especiais* das regras fundamentais sobre *legados*, em matéria de *Direito das Sucessões*.

As *fontes genéricas* têm um âmbito mais largo e, no que respeita ao *Direito Romano Geral*, apresentam dois aspectos distintos: um, que as considera como origens dos preceitos de *Direito Natural, Direito das Gentes* e *Direito Civil*, desdobrando-se este em ramos do mesmo tronco, como o *Jus Honorarium*, o *Jus Commune*, o *Jus Singulare*; outro, que as encara sob o ponto de vista de sua constituição orgânica, podendo revestir a forma *escrita* ou não *escrita*.[5]

Qual, porém, o verdadeiro sentido que os jurisconsultos de Roma empregavam às expressões – *jus scriptum* e *jus non scriptum?*

---

5 *Institutas* – L. I, T. 2º, § 3, – *Constat autem jus nostrum aut ex scripto, au ex non escripto...*

Mackeldey,[6] o notável professor da Universidade de Bonn, afirma que a expressão *jus scriptum* era tomada em Roma, ordinariamente, no *sentido gramatical*, isto é, entendiam os romanos que o *Direito escrito* era aquele *que se achava materialmente gravado em caracteres alfabéticos*, sem distinguir se devia sua origem à *lei* ou ao *costume* e o opunha a *Direito Consuetudinário*, confiado à memória do povo, passando, de geração em geração, pela tradição oral. Por isso os *edicta pretorum* e as *responsa prudentum* pertenciam ao *Direito escrito*.

Savigny[7] entende da mesma forma e invoca, como decisiva uma passagem de Cícero[8] que diz assim – "*sed propria legis et ea quoe escripta sunt, et ea, quoe sine litteris, aut gentium jure aut majorum more, retinetur*". *Jus scriptum* e *jus non scriptum*, diz ele, são expressões que é preciso entender *literalmente*. Assim, os romanos chamavam *jus scriptum* o Direito cuja origem se encontra em um *texto escrito* e acrescenta que muitos jurisconsultos modernos se não contentam com uma explicação tão simples, chamando *jus non sriptum* o Direito *não promulgado*, isto é, o *Direito costumeiro*, sem ter em conta o emprego ou não da *forma escrita*.

Outros conciliam as duas opiniões, dando a estas expressões dois sentidos, um científico, outro gramatical, que cada um pode adotar segundo sua vontade".[9]

Glück,[10] citando vários autores que trataram do assunto, disserta sobre este e afirma que o *Direito escrito*, por ser fixado em caracteres invariáveis, tinha efetivamente mais alto grau de certeza do que o *Direito não escrito ou costumeiro*. Mas, a autoridade legislativa de que emanara não era uma condição indispensável para a sua caracterização, porque, por exemplo, o pretor fazia o *Direito escrito*, sem ser legislador.

O erro da doutrina provém de uma conclusão, aparentemente lógica, tirada de dois textos de Hermogeneo e de Paulus. O primeiro

6 *Elementos de Direito Romano* – trad. espanhola (4ª), ed. De Leocadio López, § 116, pág. 74.

7 Cit. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, § XXIII, not. b).

8 *De Oratore* – Cap. 37.

9 *Hübner – Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner* – pág. 152.

10 *Kommentar zu den Pandkten* – vol. I, § 82.

diz[11] que – "*aquilo que se acha comprovado por longo costume e observado por muitos anos, como uma convenção tácita entre os cidadãos, não se observa melhor que os direitos escritos*" – e o segundo acrescenta[12] que "*para melhor dizer, tem-se este direito em tamanha autoridade, que foi aprovado sem que fosse preciso estar escrito*". Daqui, concluem que somente se deve considerar como *Direito escrito* o que emanava de autoridade legislativa, pois que o *Direito não escrito*, que é a sua antítese, não provinha de autoridade de tal ordem, mas, sim, de uma convenção tácita entre os cidadãos (*tacita civium conventio)*, sem que fosse preciso estar escrito (*non necesse scripto*). Entretanto, este raciocínio não resolve o caso, pois, não é menos exata a afirmação de que os *costumes*, quando assumiam a *forma* escrita, estavam para a categoria de *jus scriptum*, como se verifica em várias constituições imperiais que deram entrada a regras provindas daquela *tacita civium conventio.*

Acarrias[13] sustenta que os princípios estabelecidos pelos costumes, ainda que mais tarde assumissem a forma escrita, conservavam a denominação de *jus non scriptum*, ao passo que se consideravam *jus scriptum* Direito regularmente promulgado, ainda que não revestisse a *forma gráfica.* Mas, a afirmação do ilustre mestre é gratuita; não há uma prova de seu acerto, havendo, no entanto, prova em contrário, isto é, prova de que, uma vez incorporados a qualquer dos atos que constituíam Direito escrito, os princípios de Direito costumeiro passavam da categoria de *jus non escriptum* para a de *jus scriptum.* Para demonstrar a exatidão deste acerto, basta ver, além das inúmeras *constituições imperiais* que resolveram várias controvérsias dando força de lei a regras de Direito costumeiro, excluindo muitas vezes a opinião de jurisconsultos de sólida reputação, o espírito prático dos romanos.

Por outro lado, também se não compadece com a verdade a afirmação de que o Direito regularmente promulgado, ainda mesmo que não revestisse a forma gráfica, se considerava *jus scriptum.* Basta lembrar que a

---

11 *Dig.* – L. I, T. III, fr. 35 – "Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt jura servantur."

12 *Dig.* – L. e T. cits., fr. 36 – "Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse id comprehendere."

13 *Précis de Droit Romain* – vol. I, nº 8.

promulgação de qualquer regra de Direito, emanada de autoridade competente, tinha sempre a forma gráfica para evidenciar a falta de fundamento ao raciocínio do ilustre romanista.

Ortolan[14] parece harmonizar as duas doutrinas, sustentando que a ordem que constitui o direito (*jus, jussum*), pode ser dada *expressamente* ou *tacitamente*. No primeiro caso se a vontade da autoridade legislativa foi manifestada e consignada por escrito, ela se faz lei: no segundo caso, se tal vontade se não manifestou, a não ser por um uso longo e comumente adotado, será lei, também, da mesma forma. Deste raciocínio, conclui que o *Direito escrito* é o que é estabelecido pela *vontade expressa* do legislador, ao passo que o *Direito não escrito* é o que é introduzido pelo *uso* e pelo *consentimento tácito* do legislador.

Demangeat,[15] van Wetter,[16] Namur,[17] Eugéne Petit,[18] Girard,[19] G. May[20] e os nossos Barros de Guimarães,[21] Pinto Júnior,[22] Reinaldo Porchat[23] e Neto Campelo,[24] uns admitem o sentido gramatical, outros o sentido jurídico.[25]

Não obstante estarmos com a minoria dos mestres, somos da opinião daqueles que sustentam que *jus scriptum* era o que estava mate-

---

14 *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien* – vol. I, nº 24.

15 *Cours Élémentaire de Droit Romain*, vol. I, pág. 19.

16 *Cours Élémentaire de Droit Romain*, vol. I, § 3º, pág. 14.

17 *Cours d'Instituts* – vol. I, § 5º, ns. 1 a 3.

18 *Traité Élémentaire de Droit Romain* – Introd. – § 3º, nº 6, 3º.

19 *Manual de Droit Romain* – cap. I, pág. 3.

20 *Éléments de Droit Romain – Hist. des Sources* – nº 7, not. 1.

21 *Elementos de Direito Romano* – págs. 56 e 57.

22 *Curso Elementar de Direito Romano* – Cap. X, págs. 114 e seguintes.

23 *Curso Elementar de Direito Romano* – Vol. I, 1ª parte, § 26, nº 283.

24 *Direito Romano* – Vol. I, págs. 112 e seguintes.

25 Fellipo Serafini – *Instituzioni de Diritto Romano* – 9ª ed. do Dr. Giammichele – Intr. – Cap. II – sustenta que é direito escrito o que emana o Poder Legislativo e direito não escrito o que se forma por si, com o consentimento comum da sociedade. Entretanto, afirma que – "durante a infância dos povos todo o direito é consuetudinário. Tal foi também em os primeiros tempos de Roma, quando os *mores majorum* constituíam a fonte principal do direito privado. Com os progressos da civilização e o contínuo aumento das mais variadas e complexas necessidades se fez indispensável

rialmente gravado em *caracteres alfabéticos* ou *comprovado por escrito*; ao passo que *jus non escriptum* era o que não constava de texto expresso graficamente, mas que, por *tradição oral*, era comprovado e mantido pelo uso, tornando-se obrigatório em virtude do consentimento dos que o seguiam e observavam. Para assim pensar, fundamo-nos em razões históricas, que nos parecem decisivas, e em *textos* de leis e *palavras* de jurisconsultos romanos, dignos de toda atenção.

É sabido que a época das mais fecundas pesquisas dos monumentos históricos da legislação romana e da doutrina dos seus eminentes comentadores foi a em que o Imperador Justiniano, com a colaboração dos Tribonianos, Teófilos e Doroteus, procurou reorganizar as *leges* e o *jus*, formando, por um processo meticuloso de confronto, separação e escolha, os grandes monumentos que são o *Código* e o *Digesto*. É também sabido que as *Institutas de Justiniano* ficaram prontas depois de quase concluída a organização do *Digesto*, ao qual foram buscar as noções *científicas* e *históricas* do Direito, explicando, muitas vezes, por cuidadosa procura de razões justificativas, a lógica descoberta das causas de certas expressões, ou de outros fenômenos jurídicos, no que de obscuro pudesse neles aparecer.

Abramos o *Digesto* e ali encontraremos Ulpiano e Sálvio Juliano, talvez os mais notáveis jurisconsultos da época clássica, fornecendo-nos os primeiros elementos de prova para o nosso asserto.

Com efeito, dando a noção do Direito Civil, Ulpiano dividiu-o em escrito e não escrito e, para melhor acentuar o sentido destas expressões, acrescenta que assim é também entre os gregos, em que, "*há leis que*

---

fixar as regras de direito em forma precisa e certa, de modo que pouco a pouco o direito escrito invade o consuetudinário, constituindo ambos o que se costuma chamar o direito positivo do estado. E o eminente romanista trentino acrescenta que "não obstante, é justo advertir que esta distinção, exata nos casos normais, é sempre uma distinção externa e que tampouco existe uma coincidência necessária e perfeita entre os conceitos de direito escrito e não escrito, nas suas respectivas relações com o legislativo e o consuetudinário. A lei pode ter vigor sem estar impressa em documentos, como ocorreu entre os povos antigos (§ 10, Inst. – *de jure naturali, gentium et civili*, I, 2) e, pelo contrário as regras de direito consuetudinário podem manifestar-se em fontes escritas". – Ainda bem que para o eminente romanista – "*esta distinção, exata em casos normais, é sempre uma distinção externa*".

são escritas e outras que o não são",[26] mas, não indica quais as fontes do *jus scriptum.* Entretanto, afirma que[27] "*o costume inveterado é observado como direito e lei naquilo que não provém de escrito*".

Sálvio Juliano[28] assim se exprime: "*naqueles casos em que não usamos leis escritas, convém guardar aquilo que é introduzido pelo uso e costume e, se este for deficiente em alguma coisa, se deve guardar o que lhe é mais próximo e conseqüente e, se ainda assim faltar, convém observar o direito que é usado em Roma. O costume inveterado, com razão, se observa como lei e é este direito que se diz constituído pelo costume, porque como as próprias leis nos obrigam, não por outra causa qualquer, mas, sim, porque foram admitidas pelo consentimento do povo, assim também deve obrigar, com razão, a todos, aquilo que, sem estar escrito, o povo aprovou; porque há de valer mais a vontade do povo, declarada por votos e aprovada por escrito, do que a que revela nestas mesmas coisas e por fatos? Por isto, está também legitimamente admitido que se obriguem às leis, não somente pela vontade do legislador, mais ainda, pelo não uso, por consentimento tácito de todos*".

Coordenando as palavras de um e do outro, resulta que, no seu conceito, o *direito escrito* era materialmente gravado, ao passo que o *não escrito* era o que não estava expresso em caracteres alfabéticos.

Admitamos, porém, que as expressões de um e de outro não satisfaçam, que precisam de clareza para conduzir-nos à conclusão a que

---

26 *Dig. – de justitia et jure* – L. I, T. 1º, fr. 6º – Hoc igitur jus nostrum constant aut ex scripto, aut sine scripto, ut apud Graecos *legum alioe scripta, alioe non escripta* (as palavras grifadas estão escritas em grego, – a versão latina é de Mommsen).

27 *Dig.* – h. 1. – T. 3º, fr. 33 – Diuturna consuetudo pro jure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.

28 *Dig.* – h. 1. et t. – fr. 32 – De quibus causis scriptus legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tune jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum, nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probatvit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret aut rebus ipsis et factis? Quarae rectissime etiam illud receptum est, ut leges et solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensus omnium per desuetudinem abrogentur.

chegamos e vejamos como as entendem os compiladores das *Institutas* de Justiniano.

Depois de adotarem, quase pelas mesmas palavras, a divisão de Ulpiano e a razão por ele oferecida,[29] explicam a referência ao Direito grego dizendo – "*e não parece que o Direito Civil tenha sido dividido em duas espécies, sem fundamento. Parece que a sua origem provém das instituições das duas cidades, a saber – a dos atenienses e a dos lacedemônios. Nesta cidade era costume proceder de modo que os lacedemônios confiavam à tradição aquilo que mais observavam como leis; ao passo que os atenienses guardavam o que achavam escrito nas leis*".[30]

O fato histórico, aludido por Ulpiano e especificado por Teófilo e Doroteu, como ocorrido em Atenas e Esparta, relativamente a *forma de conservar as leis*, é rigorosamente verdadeiro.

Com efeito, em Atenas 1.175 anos antes da publicação das *Institutas* de Justiniano, o *Arconta Dracon* redigiu a primeira *lei escrita*, sendo, 30 anos depois, substituído por *Sólon* e, daí em diante, os *nemotetas*, o *Senado*, os *tesmotetas*, os *nomofilacos* e até o areópago e os efetas não faziam leis, nem proferiam sentenças, a não ser *por escrito*. Este fato está hoje perfeitamente comprovado por estudos profundos das fontes do Direito Ático.[31]

Povo que fez do respeito à lei a manifestação mais acentuada do amor à pátria, o princípio legal, como expressão da vontade geral, apurada por voto público, precisava ser conservado por *forma escrita*, para que, em tempo algum fosse objeto de dúvida.

O velho Direito de Atenas, coordenado nas leis de Dracon e de Sólon, tinha por fim fazer cessar a autoridade do direito consuetudinário,

---

29 *Institutas – de jus nat., gent. et civili* – L. I, T. 2º, § 3º – Constat autem jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto..."

30 *Institutas* – loc. cit. – § 10 – Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duaram civitatum, Athenarum scilicet et Lacedoemoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, uut Lacedoemonii quidem magis *ea quoe pro legibus observarent, memorioe mandarent;* Athenienses vero, *ea quoe in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

31 Georges Perrot – professor em Atenas – "El Derecho Público de Atenas", – *Las fuentes del derecho* – págs.132 e seguintes.

mantido pela teocracia patriarcal sem nada que atestasse a sua origem ou legitimasse o texto imposto. Daqui, afirma o professor Georges Perrot –[32] "começam a pressentir as vantagens de um *direito escrito*, a desejar uma lei que todos possam compreender e perante a qual todos se inclinem, uma lei que possa regular todos os deveres e todos os direitos, uma lei fixa, que não possa dar saída ao capricho do juiz..."

Com a queda da tirania dos *Trinta* e restabelecimento da Democracia, cuidaram os atenienses da revisão da legislação existente e julgavam tão necessária à *forma escrita* das leis, que o decreto proposto por Tisameno, para esse fim, chegou até ao exagero de ordenar que as próprias leis antigas, que fossem reformadas, seriam "*escritas nos muros sob sua primeira forma, para que ficassem expostas a todas as vistas*" acrescentando, como regra fundamental, que – "*os magistrados não deveriam jamais aplicar uma lei que não tivesse sido escrita com as outras*".[33]

Os lacedemônios, ao contrário, conservavam a tradição; não confiavam à escrita as leis que formulavam, nem mesmo as expunham, por qualquer forma, ao conhecimento do povo. O legislador era o chefe de família, que recebia de *Apolo* as regras de Direito, as transmitia aos filhos e estes, por sua vez, aos seus sucessores, muito embora Licurgo tivesse reagido contra isso, tomando o papel de grande legislador de Esparta.[34] Mas, cumpre observar que esta reação não visava dar forma escrita à legislação, nem, rigorosamente, outros fins, senão fazer defensores da pátria, preparando o homem para a guerra, e aumentar a população do país, celeiro natural de soldados. Foi provavelmente devido a estes institutos do legislador espartano que, entre os lacedemônios, o *celibato* foi considerado *crime*, ao passo que o *adultério* tinha foros de *ato meritório* e até *patriótico*.

Assim, verificando que, efetivamente, os atenienses *escreviam as suas leis* e, ao contrário, os lacedemônios ou espartanos *não as escreviam*, deixando-as à memória do povo, parece que a afirmação dos compiladores das *Institutas* de Justiniano, explicativas do pensamento de Ulpiano e Sálvio Juliano, confirma a doutrina de Savigny, isto é, confirma o sentido exclusivamente gramatical

32 *Op.* e *loc. cit.* – pág. 150.

33 Georges Perrot – *op.* e *loc. cit.* – págs. 154 e 155.

34 Vide Fustel de Coulanges – *La Cité Antique* – Cap. XI, págs. 218 e seguintes.

das expressões *jus scriptum* e *jus non scriptum.* E esta conclusão é tanto mais autorizada e lógica, quanto é certo que as pesquisas da verdade histórica sobre estas coisas, ao tempo da organização dos monumentos legislativos de Justiniano, foram minuciosíssimas, e não é crível, por isto, que os compiladores das *Institutas* procurassem completar o pensamento daqueles dois eminentes jurisconsultos afirmando, como verdade, um fato inexistente.

Eis porque as *Institutas* classificaram como partes componentes do *jus scriptum*: *Lex, Plebiscita, Senatusconsulta, Principum Placita, Magistratum Edicta e Responsa Prudentium.*[35]

Como se vê, fazem parte desta classificação os *Editos dos Magistrados* e as *Respostas dos Prudentes, fontes* do *jus scriptum,* que não provinham de *autoridade legislativa,* mas que entraram na classificação pela razão única de terem sido sempre publicados e dados por escrito. Entretanto, dizem os sectários da doutrina que combatemos, que o argumento não procede, porque, embora os Magistrados e os Prudentes não tivessem originariamente o *jus edicendi* e o *jus respondendi,* isto é, o direito de legislar por meio de *editos* e de *respostas,* todavia, esse direito lhes foi reconhecido mais tarde e isto era indubitável ao tempo da convecção das *Institutas* de Justiniano.

Mas, o argumento, que a princípio parece inatacável, não tem valor, em face da história dessas *fontes* do Direito. Efetivamente, ao tempo de Justiniano, não se punha em dúvida em que os Magistrados e Prudentes de outrora gozassem de autoridade legislativa, mas, isto não quer dizer que os Teófilos e Doroteus entendessem que tal autoridade lhes tivesse cabido sempre, nem que, então, se considerassem como fontes de tal natureza somente os Editos e Respostas posteriores ao reconhecimento oficial do *jus edicendi* e do *jus respondendi* com força de lei para uns e outras.

As *Institutas* de Gaius, fonte abundantíssima para a formação das *Institutas* de Justiniano, classificavam as fontes do Direito em: *Lex, Plebiscitum, Senatusconsultum, Constitutio Principis, Edictum e Reponsa Prudentium,*[36] mas, não distinguiam quais as de Direito *escrito* e de Direito *não*

---

35 L. I, T. 2º, § 3º.

36 *Inst.* de Gaius – Comm. I, §§ 2º a 7º – Constant autem jura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum, edictis eorum que jus edicendi habent, resposis prudentium.

escrito, parecendo, mesmo, que esta distinção não dominava o espírito do seu ilustre autor, como, aliás, havia preocupado a Pomponius. Este, sim, alude a um *jus civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit,* classificando as *fontes* em: *Lex, Prudentium Interpretatio, Legis Actiones, Plebiscita, Edicta, Senatusconsulta, e Constitutiones Principum.*[37]

Pois bem, aí estão – *Prudentium Interpretatio* e *Edicta,* ao lado dos *Senatusconsulta* e das *Constitutiones Pricipum,* formando o *jus civile,* sem que àqueles se recusasse este poder, não obstante não terem ainda, a esse tempo, os *Prudentes* obtido força de lei para as sua *respostas,* nem os *Magistrados* para os seus *editos,* pois, isso só aconteceu sob Adriano, entre os anos de 131 a 135, e é certo que o *Líber Singularis Echiridii,* de que foi extraído o célebre fragmento do *Digesto* (L. I, T. 2º, fr. 2º), apareceu antes do *Edictum Perpetuum* de Sálvio Juliano.[38]

Papiniano adotou a classificação de Gaius, ao em vez da de Pomponius, provavelmente porque a daquele era mais recente, pois, Gaius floresceu sob Cômodo (180 a 193), ao passo que Pomponius figurou do tempo de Adriano ao de Antonino Pio (117 a 161).

As *fontes genéricas* do *jus scriptum* eram, pois, as *leis,* os *plebiscitos,* os *senatusconsultos,* as *constituições imperiais,* os *editos dos magistrados* e *as respostas dos prudentes.* Vejamos as três primeiras, cada uma de per si.

Lex – À palavra *lex* atribuem alguns romanistas duas origens distintas. Dizem uns que *lex* promovem de *legere (ler),* pois, as *leis,* quando eram promulgadas, tomavam a forma gráfica e ficavam expostas ao público, para serem *lidas.* Desta opinião são, em geral, os mais autoriza-

37 *Dig. – de origine juris et omnium magistratum et sucussione prudentum* – L. I, T. 2º, fr. 2º.

38 Krüger – *Geschichte der Quellen und Literratur des römishen Rechts* – § 23 – afirma que Pomponius escreveu o *Liber Singulari Enchiridii* no tempo de Adriano e podemos dizer que isso só ocorreu antes de haver o Imperador dado força de lei às respostas dos jurisconsultos, com as próprias palavras desse trabalho de Pomponius – loc. cit. §§ 48 e 49 que alude ao *jus respondendi* conferido pelo Imperador Tibério a Sabino e à resposta de Adriano aos que pretendiam o mesmo favor, sem que, todavia, declare haver este Imperador atribuído autoridade legislativa aos jurisconsultos, circunstância que não esqueceria se, de fato, já existisse ao tempo da publicação de sua obra.

dos lexicógrafos.[39] Outros entendem que a palavra vem de *ligare (unir)*, porque a *lei*, coordenando os interesses dos membros da sociedade, torna-se o mais vigoroso instrumento da união e coesão social.[40] Desta opinião são quase todos aqueles que recusam à expressão *jus scriptum* o significado exclusivamente gramatical. Apesar do parecer de Mommsen, poliglota notabilíssimo e profundo conhecedor da língua latina, estamos convencidos de que a palavra *lex* se origina de *legere*, no exclusivo significado de *ler*. Para esta afirmação fundamo-nos em duas razões valiosas.

É um fenômeno de lingüística, que não sabemos se já foi observado pelos estudiosos da evolução da linguagem, o de que os substantivos [são] correspondentes aos objetos materiais, ou que se corporificam, são criados em conseqüência da maior impressão visual que causam os elementos formadores desses objetos.[41]

Em Roma, as *leis*, como acima dissemos, eram gravadas materialmente e, assim, expostas, para serem *lidas em voz alta*.[42] *Legere*, isto é, "*percorrer com a vista ou enunciar em voz alta o texto escrito ou impresso*",[43] era, portanto, o fato que mais impressionava o povo ao ter conhecimento textual da lei, e, daqui, o substantivo – *lex, legis*.

Por outro lado, o romano, povo profundamente *prático*, até mesmo na linguagem, dando à lei a denominação de *lex*, com certeza não obedeceu à consideração *ideal* de que ela *unia* ou *ligava* os membros da sociedade, idealismo inteiramente incompatível com o gênio da raça e em

---

39 Veja-se – *Diccion. Lat.-Franc.* – de L. Quicherat, *Dicc. Lat. Port.* – de Santos Saraiva, etc.

40 Mommsen – *Staatsrecht* – L. V., Cap. III – é desta última opinião.

41 Este fenômeno se observa na formação de vários substantivos das diversas línguas dos indígenas brasileiros, principalmente *tupis*. A raiz – *itá* – *pedra, rocha,* – por exemplo, figura em todos os substantivos em que a pedra é o principal elemento na formação do objeto a significar. O sábio J. Capistrano de Abreu escreveu uma gramática, com textos e vocabulário *coxinauás* (*rã-txa hu-ni-ku-i*) em que o fenômeno é largamente comprovado.

42 *Lego, is, legi, lectum, legere* – significa rigorosamente, *ler em voz alta, ler para que outro ouça.* – Era isto o que exatamente se dava em Roma com a leitura das leis expostas ao público: – os que sabiam ler, liam-nas em voz alta para que os analfabetos ouvissem.

43 É o significado do *Dic. Port.* – de J. Seguier.

manifesto antagonismo com os processos de origem de outros vocábulos latinos.[44]

Seja, porém, esta ou aquela, a origem da palavra, o que é fato é que *lex* tinha várias acepções, tais como: – 1º a compilação de Papirius, ou *Jus Civile Papirianum*; – 2º a coleção das leis decenvirais, ou *Lex Duodecim Tabularum*; – 3º o direito escrito somente, ou *Jus Scriptum*; – 4º a vontade expressa dos imperadores, ou *Constitutiones Principum*; – 5º as deliberações legislativas das assembléias da plebe, ou *Plebiscitum*; – 6º pareceres emitidos pelos jurisconsultos depois que lhes foi outorgada força de lei, ou *Responsa Prudentum*; – 7º finalmente, todo o Direito Romano, inclusive o *Jus Civile*, o *Jus Naturale* e o *Jus Gentium*.

Tomada a palavra de *jus scriptum*, que é o que agora nos interessa particularmente, pois, vamos estudá-las *historicamente*, podemos distinguir cinco tipos diferentes, que podem ser isolados por caracteres específicos, e formar cinco grupos, a saber: – 1º as leis da realeza – *leges regiae*; – 2º as leis das cúrias – *leges curiatae* –; 3º as leis das centúrias – *leges centuriatae*; – 4º as leis para as Províncias – *leges provinciales* – e, finalmente, as leis que continham, ao mesmo tempo, disposições favoráveis e contrárias aos interesses do povo – *leges saturoe*.

As *leges regiae*, promulgadas, provavelmente desde Rômulo, vieram se formando até Tarqüínio, o *soberbo*, mas, delas, poucas são as que nos chegaram em seu texto e outras só nos são conhecias por indicações imprecisas dos historiadores dos fins da República e do começo do Império.

Estas leis, que foram compiladas no *Jus Civile Papirianum*, remontam a 700 anos antes de Cristo, sendo atribuídas a Rômulo, Numa Pompílio e Túlio Hostílio, os quais dominaram a velha Roma por espaço de 112 anos.[45] Misto de *Fas* e *Jus*, têm elas grande importância histórica, mas, não nos habilitam a formar um juízo seguro sobre o seu valor na for-

44 Haja vista com que se dá com a palavra *cadáver*, que alguns lexicógrafos julgam provir do verbo – *cadere* – *cair*, quando, na verdade, outra é a origem da palavra. Em Roma costumava gravar nas lápides das sepulturas estas palavras – *Caro data vermibus*. – Com o correr do tempo, abreviaram a expressão para – *ca-da-ver.* –, contraindo, depois, em *cadáver*, que outra coisa não significava senão *carne dada aos vermes*.

45 Veja-se sobre o *Jus Civile Papirianum* o T. VI, deste livro I.

mação do Direito Romano, tal a obscuridade das suas disposições chegadas até nós. Somente quando os pontífices e, depois, vários magistrados começaram a interpretar e separar o *elemento* divino, imutável, e rígido e venerado (*Fas*), do elemento *humano*, variável, progressivo e alheio a divindade (*Jus*), foi que as *leis reais* e os *mores majorum* tomaram um desenvolvimento capaz de interessar vivamente aos juristas.

As *leges curiatoe* provinham de uma conjunção de poderes representados pelo *Rei*, pelo *Senado* e pelos *Patrícios*. O Rei convocava os *comícios*[46] por *cúrias* e apresentava a proposta de lei – *rogatio regis* –, os comícios davam o seu voto – *potestas in populo* – e o Senado ratificava o voto popular – *auctotoritas in senatu* –. A votação se verificava por *cúrias*; os votos destas eram formados por *capita* e a aprovação da lei resultava da metade e mais um dos votos das *Cúrias*.[47] É evidente que os plebeus não

---

46 Mommsen – cit. *Staatsr.* – loc. cit. – ensina que os *comícios* se dividiam, relativamente ao fim de sua reunião, em *comícios de leis, comícios tribunais* e *comícios eleitorais.* A primeira dessas categorias não pôde ser rigorosamente definida, mas, é certo que eram convocados duas vezes por ano e tinham por missão votar quaisquer assuntos, que não fosse nem *uma sentença judicial*, nem um *ato eleitoral*. As três classes se distinguiam pelos sinais exteriores seguintes: – as deliberações tomadas recebiam denominação correspondente ao nome da família do magistrado que fazia a proposta, sempre que se tratava de *comício legislativo*, o que não acontecia quando se tratava de *comícios judiciais* ou *comícios eleitorais*. Os *comícios de leis* e *judiciais* eram de época remotíssima, vinham mesmo desde as origens da cidade, ao passo que os *eleitorais* começaram com a República; as deliberações *dos comícios de leis* eram tomadas em razão da proposta do magistrado (*lex rogata*), o que se não dava nos *comícios tribunais* e nos *comícios eleitorais*. Os comícios das cúrias tinham, desde o começo, a denominação de – *comitia calata* – porque eram *convocados* pelos Pontífices.

47 A primeira organização obedeceu à origem da população. Como foram *três* povos que constituíram a camada primitiva – ramnes, *latinos*; títios, *sabinos*, e *luceros*, *etruscos* – dividiram a comunidade romana em *três* classes ou *tribos*, e como em cada classe existiam várias famílias, ligadas pelo laço de parentesco primitivo, que formavam as *gentes*, subdividiram cada *tribo* em dez *cúrias*. O chefe da *tribo* tinha o nome de tribuno; o chefe da *cúria* tinha o nome de *curina*. *Cúria*, na linguagem vulgar, era a sala, o templo, o lugar onde se reuniam, em assembléia, para deliberar; *curiales* chamavam-se os membros componentes das *cúrias*.

A lei recebia, em regra, o *nome de família* do proponente e compunha-se de três partes: 1ª a *proescriptio* (nome do rogante, do comício rogado, a data, o lugar e o voto da centúria ou tribo que devia ser chamada em primeiro lugar), – 2ª a *rogatio*

tomavam parte nesses comícios, que eram formados exclusivamente pelos patrícios, os fundadores da cidade, ou seus descendentes.

As *leges centuriatae* apareceram depois das reformas de Sérvio Túlio. Este Rei, que segundo Dionísio de Halicarnasso, governava na qualidade de Tutor dos filhos de Tarqüínio, o *antigo*, dividiu os cidadãos romanos, de acordo com a riqueza de cada um, em seis classes ou *tribos servianas*, diferentes das *romulianas*, tanto na essência quanto no número de seus componentes, constituindo os quartéis ou bairros denominados *Suburuna, Palatina, Esquilina* e *Colina.*[48] Estas classes de cidadãos subdividiam-se em *centúrias*, expressão que se aplicava, ora às 193 *porções de território* formadas por um certo numero de geiras de terras (cem, duzentas, trezentas, etc.), ora à população que as ocupava, ora à companhia de *cem soldados* que cada uma tinha de fornecer para o exército. À primeira classe, de que faziam parte os mais ricos cidadãos, pertenciam 98 *centúrias*, isto é, mais de metade do total delas; à segunda, terceira, quarta e quinta pertenciam vinte ou trinta *centúrias*; a sexta, formada exclusivamente de *proletários*, tinha apenas uma *centúria*. Em cada *centúria* a votação era apurada, dando cada indivíduo a sua opinião, por *sim* ou *não* – *aut etiam, aut non, respondere* –, começando-se sempre pela primeira, cujo voto, em regra, prevalecia, não só porque representava a maioria, como também porque as outras classes procuravam acompanhá-la, à exceção da última que, às vezes, reagia, embora sem resultado.

(o texto legal, em regra dividido em capítulos – *capita*), – 3ª a *sanctio* (as penalidades resultantes da transgressão da lei). Das disposições contidas na *sanctio* provinha a caracterização da lei, que era *perfecta* – se impunha nulidade ao ato praticado em contravenção ao seu dispositivo, – *minus quam perfecta* – se apenas cominava uma pena, e *imperfecta* – se não estabelecia nenhuma, nem outra coisa.

A lei também – *rogabat* – se era inteiramente nova – *derogabat* – se apenas retirava o vigor de uma parte, – *subrogabat* – se adicionava alguma coisa, – e, finalmente, – *abrogabat* – se apenas induzia uma modificação. Daqui as expressões – *ab-rogação e derrogação* – tão comuns na nossa linguagem legislativa.

48 Parece ter sido posterior às reformas servianas a divisão dos *quartéis* ou distritos territoriais em outras circunscrições, que recebiam as denominações das famílias mais distintas que as ocupavam, como os *Cornélios*, os *Fábios*, os *Emílios*, juntando-se, mais tarde, novos distritos, com o fim de distinguir a propriedade *privada* da propriedade *comum*, e dando-se-lhes novos nomes como *Crustumina, Velina, Quirina, Areol,* etc.

Como os plebeus participavam da votação nos *comícios de leis*, às *leges centuriatae* costumam os romanistas dar a denominação de *populiscita*, porque provinham de todo um povo.

Não obstante estas reformas, os *comícios* por *cúrias* não desapareceram inteiramente; ao contrário, continuaram a reunir-se para tomar conhecimento de certos fatos que lhes eram privativos, como a *adrogaditio*,[49] o *testamento* e a *ratificação* de algumas deliberações das centúrias.

Dadas estas noções históricas da formação das *leges regiae, curiatoe* e *centuriatoe*, vejamos o sentido que lhes davam os jurisconsultos, como *fontes* do Direito Romano.

Tomando a palavra *lex* em sentido geral e filosófico, Cícero, que foi o mais brilhante elemento para a fusão do espírito filosófico grego com o espírito jurídico romano, escreveu nesse formoso livro, que é – *De Legibus* –, as mais altas concepções do seu fecundo saber sobre a verdadeira idéia de lei, não como um fenômeno social, produto da cultura deste ou daquele povo, mas, sim, como uma enérgica afirmação da própria natureza humana, produto de intuição universal da disciplina, da ordem e da moral entre os homens. Para ele, pois, "*lex est ratio summa insia in natura, quae facienda sunt prohibetque contraria*",[50] isto é, a razão suprema, transmitida à nossa natureza, que ordena ou proíbe. É, como se vê, um dos aspectos da lei, que bem se pode acomodar dentro da clássica definição de Montesquieu, que descobria nas leis "*as relações necessárias que derivam da natureza das coisas*".

Embora também inspirado no estoicismo grego, Papriano forma da lei um juízo mais restrito, definindo-a "*o preceito comum, a consulta de varões prudentes, o freio e o castigo dos delitos que, por vontade ou ignorância, se cometem, a obrigação comum da República*".[51] Marciano, pedindo

---

49 A mais antiga forma de *adoção,* aplicável somente às pessoas *sui juris,* constituindo um *ato legislativo* solene, sob a sanção do Pontífice.

50 *De Legibus* – L. I, Cap. VI.

51 *Dig.* – L. I, T. 3º, fr. 1º – "Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum delictorum quoe sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis Republicae sponsio."

inspirações a Demóstenes e a Crisipo, diz que "*lei é o que convém que todos obedeçam*",[52] ou "*a rainha de todas as coisas divinas e humanas.*[53]

Modestino, porém, não se ateve às concepções filosóficas e procurou descobrir na natureza e essência da lei as quatro manifestações de sua força: *mandar, vedar, permitir e punir.*[54] Tomando a palavra lei em sentido restrito, como manifestação do poder público, Gaio definiu-a "*o que o povo ordena e constitui*".[55]

Tomando-a no sentido restritíssimo de ato emanado do poder público romano, as *Institutas* de Justiniano dizem que "*é o que o povo romano determinava sob proposta de um magistrado senatorial, como o cônsul*".[56]

PLEBISCITUM – A palavra *plebiscitum* formou-se pela contração dos substantivos –*plebs, plebis,* – a *plebe,* e – *scitum, sciti* – a *ordem,* o *decreto,* – significando, pois, etimologicamente, – a ordem, o decreto da plebe. Não é outra também a significação inicial. Mas, para que possamos bem conhecer a importância e autoridade desta *fonte genérica* do Direito escrito é necessário remontar à época em que ela apareceu e acompanhá-la, mesmo rapidamente, através de sua evolução, até impor-se como uma genuína lei.

As *Institutas* de Justiniano,[57] para assinalarem a origem dos *plebiscitos,* procuram mostrar a diferença entre *plebe,* e *povo,* gênero um, espécie outra, e dizem que *povo*, significa todos os *cidadãos,* incluídos também *os patrícios* e os *senadores,* ao passo que *plebe* significa os demais *cidadãos,* excluídos os *patrícios* e os *senadores.*

A distinção entre as duas classes – *patrícios* e *plebeus* – vem de longe; mas, a história da reação destes contra a arbitrariedade e despotis-

---

52 *Dig.* – L. e T. cit. – fr. 2 – "...est, cui omnes homines convenit obtemperare..." – ou (53) – "Lex est omnium regina rerum divinarum humanarumque..."

53 Ausência de texto no original. – Nota desta edição.

54 *Dig.* – L. e T. cit. – fr.7 – "Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punier." – Daqui a divisão das leis em *imperativas, proibitivas, permissivas* e *punitivas.*

55 *Instit.* – *Comm.* – I, § 3º – "Lex est quod populus jubet atque constituit".

56 L. I, T. 2º, § 4º – "Lex est quod populus romanus, senatorio magistrato interrogante, veluti consule, constituebat."

57 L. I, T. II, § 4º – "Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere, nam appellatione populi universi cives significantur, ennumeratis etiam patriciis et senatoribus. Plebis autem appellatione, sine patriciis et senatoribus caeteri cives significantur."

mos daqueles, começou depois da queda da realeza. Este incidente na vida política de Roma foi levado a efeito pelo *patriciado*, da mesma sorte que na Grécia os *eupátridas* substituíram os reis que vinham dos *tempos heróicos*.

Mas, assim com a revolução do ano de 245 de Roma deu à aristocracia a mais completa ascendência sobre o povo, para a qual tinha sido feita, assim, também, serviu de exemplo para a plebe, que, no momento oportuno, organizou os seus planos de reivindicação do poder e de direitos que, até então, lhe eram sistematicamente recusados.

Entretanto, nem tudo quanto os plebeus pretendiam, obtiveram desde logo. Foi preciso um trabalho lento e pertinaz até a célebre retirada para o *Monte Sagrado*, do que resultou uma nova máscara para a prepotência dos patrícios, mas, em cuja fisionomia se estampavam o ardil de seus intuitos e os traços indeléveis da própria tirania, causa diferente das vitórias da plebe.

Constituindo uma classe à parte, sem os direitos de *cidadão*, a primeira reação que opuseram à ordem política do Estado foi a de pretenderem para si um *tribuno*[58] e, como conseqüência, a capacidade para legislar em seu próprio proveito, com exclusão da outra classe. Obtida esta faculdade e legislando, naturalmente, em prejuízo de certos interesses dos patrícios, entenderam estes, para não violar a *lex sacrata*, que, embora excluídos dos *concilia plebis*, podiam a eles comparecer e, de tolerância em tolerância, chegaram a tomar parte nas deliberações, pelo que os *plebiscitos* se tornaram *populiscitos*, porque tinham por fonte a vontade de todo o povo.

Para ganhar autoridade legal, com aplicação a ambas as classes, transformados os *concílios da plebe* em *comícios das tribos*, três leis foram

---

58 Segundo Pomponius – loc. cit. – § 20 – a palavra *tribuno* tinha uma destas origens: ou porque o povo estava dividido em *três partes* e cada uma elegia o seu *tribuno*, ou porque eram eleitos pelas tribos. (*...dicti tribuni, quod olim in tres partes populus divisus erat et ex singulis crebantur, vel quia tribuum suffragio crebantur.*). Os tribunos foram criados para, como magistrados especiais da plebe, cuidarem de seus interesses e defenderem os plebeus contra as violências do patriciado. Gozavam do direito de *veto*, que opunham aos atos dos Cônsules e do Senado que lhes parecessem prejudiciais aos interesses da plebe, forma jurídica de opor, por sua intervenção (*intercessio*), eficaz desaprovação aos atos de *imperium* dos Cônsules. Veja-se cit. *Staatsr.* de Mommsen – L. 3º, Cap.5º.

promulgadas, caracterizando, cada uma, um novo aspecto da autoridade dos *plebiscitos*.

A *Lex Valeria Horatia* estabeleceu – "*ud quod tributim plebs jussisset populum teneret*"; a *Lex Publilia* acrescentou – "*ut plebiscita omnes Quirites tenerent*" –, e, finalmente, a *Lex Hortensia*[59] firmou definitivamente aquela autoridade, dizendo terminantemente – "*ut quod plebs jussisset omnes Quirites tenerent.*"[60]

Alguns romanistas têm dúvida quanto aos institutos que ditaram a promulgação destas três leis, parecendo a uns que cada uma se referia a uma espécie de *plebiscitos* e a outros que se referia a todos, pois, não obstante a *Lei Valéria Horatia*, os patrícios encontravam sempre pretextos para iludir o princípio por ela fixado, o que deu lugar a repetição da regra, sucessivamente, na *Lei Publília* e na *Lei Hortênsia*. Depois da *Lei Hortênsia*, porém, já nenhuma oposição foi feita à autoridade legal dos plebiscitos,[61] pelo que os notáveis princípios jurídicos estabelecidos em muitos deles assumiram um caráter geral, de benéficos efeitos para a formação do Direito Romano, como se verificou com as regras sobre culpa extracontratual da *Lei Aquília*, sobre doações da *Lei Cíncia*, sobre legados da *Lei Falcídia*, plebiscitos de datas posteriores à *Lei Hortênsia*. Foi, pois, devido à *Lei Hortênsia* que a própria linguagem modificou-se, dando-se ao *plebiscito*, também, a denominação de *lex*, porque tinha a mesma força e a mesma autoridade[62] e uma vez que já não era uma deliberação ou ordem da plebe, mas, sim, de todo o povo, não havia razão para conservar a antiga denominação pelo simples fato de ser proposto pelo tribuno da plebe.

---

59 As *Inst.* de Just. – loc cit. – dizem textualmente: – "Sed et plebiscita, lata lege Hortensia, non minus valere quam leges coeperunt."

60 Veja-se Plínio – *História Natural* – L. 16, C. 10; Tito Lívio – *História Romana* – L. 3º, C. 55 e L. 8º, C. 12.

61 Pomponius – *Dig.* – cits. L. I, T. II, fr. 2º, § 8 – diz ... se determinou pela Lei Hortênsia que se observassem e tivessem força de leis, pelo que, ainda que fosse diverso o modo de fazer estas e os plebiscitos, a sua força era a mesma – I "...et ea observari lege Hortensia: et ita factum est, ut inter plebiscita et legem species constituendi interesset, potestas autem eadem esset".

62 Accarias – *Precis de Droit Romain* – págs. 31 e seguintes – explica muito razoavelmente este fato como conseqüência da inobservância das leis *Valéria Horácia* e *Publília*.

Os *plebiscitos*, a princípio, posto que tivessem aplicação somente aos negócios dos plebeus, podiam, todavia, tomar o caráter de *lei*, quando aprovados pelos comícios das centúrias, ou de *senatusconsulto*, quando recebiam a *auctoritas patrum*.[63]

Mas, mesmo para obrigar aos plebeus, se tornava necessário: 1º – que os comícios por tribos, para votá-los, fossem convocados e presididos pelos tribunos da plebe, – 2º que o projeto tivesse sido exposto durante três dias consecutivos no mercado público, ainda mesmo que tivesse recebido a prévia aprovação do Senado, – e 3º que se consultassem os auspícios.[64] Esta última formalidade não tinha lugar quando se tratava de nomeação de tribuno ou de edil plebeus.

A intervenção direta do povo na formação das leis e dos *plebiscitos* manteve-se até que o Senado tomou a si a atribuição de legislar, ao lado do Imperador, desprezando o voto popular, como, mais tarde, fez o Príncipe dispensando a colaboração do Senado. O mesmo se deu, como observa Serafini,[65] considerando em conjunto as vicissitudes históricas do poder legislativo, com os *comitia curiata*, cedendo aos *comitia conturiata*, e estes aos *comitia tributa*. Mas, não obstante deslocado o poder legislativo das *cúrias* para as *centúrias*, destas para as *tribos* e, assim, até ao *Senado*, ao *Pretor*, ao *Imperador* e aos *Jurisconsultos*, as *cúrias*, *centúrias* e *tribos* continuaram como órgãos do *poder religioso* e do *poder eleitoral* para as grandes magistraturas, ficando como poder legislativo, de fato, apenas o Imperador.[66]

---

63 Foi isto talvez que levou alguns romanistas à suposição de que a *Lei Valéria Horácia*, para atribuir força de lei aos plebiscitos, determinava dupla aprovação – uma, do *Senado*, anterior ao projeto ou *rogatio*, e outra, das *Cúrias*, posterior ao plebiscito já votado, – e que as duas leis subseqüentes nada mais fizeram senão – a *Publília* dispensar a aprovação do *Senado* e a *Hortênsia* a aprovação das *Cúrias*.

64 A consulta aos auspícios consistia em o *auspex* (o adivinho) observar o *vôo*, *canto* e *modo de comer* de certas *aves* (*avis* e *spicere*) a fim de predizer as conseqüências da lei e se ela era bem recebida pelos deuses. Cícero chama esses adivinhos – *Latores et auspices legis*.

65 *Ist. de dir. Rom.* – vol. I, pág. 11.

66 Veja-se – h. l. – títs. VII e VIII – como se operou a evolução do *jus edicendi* e *constituendi* dos Pretores e Imperadores.

Do exposto se conclui que os *plebiscitos* podem ser definidos genericamente, segundo a etimologia da palavra, – *ordem da plebe* –, ou, especialmente, conforme a época e as autoridades que os decretaram. No primeiro caso, a definição de Gaius[67] – *quod plebs jubet atque constituit* – satisfaz perfeitamente, porque, realmente, sob aquele ponto de vista, o *plebiscito* nada mais é senão – *o que a plebe ordena e constitui.*

No segundo caso, porém, a questão biparte-se, oferecendo dois aspectos distintos: um, em que se considera apenas a autoridade do proponente, deixando de lado a autoridade do comício, e podemos aproveitar, em parte, a definição das *Institutas* de Justiniano – *quod plebs, plebeo magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat,* – porque os plebiscitos, como vimos, precisavam ter como proponente, quer nos comícios da plebe, quer nos das tribos, o tribuno da plebe; outro, em que se atende tão-somente à assembléia votante, que, a princípio, era constituída pela plebe e, neste caso, a definição de Justiniano é perfeita, e, depois, a constituída pelas tribos, sendo necessário substituir da aludida definição a palavra – *plebs* – pala palavra – *tribos* – ou pela expressão – *comitia tributa.*

SENATUSCONSULTUM – A história do Senado Romano e de suas funções legislativas está ligada à essência do poder público e remonta às épocas primitivas, apresentando, no curso do tempo, uma dupla feição, quer quanto a sua composição e funcionamento, quer em ralação às suas atribuições e competência.

No seu início – *Senatus* – (de *senex*) – era uma assembléia ou conselho dos *anciãos,* legítimo possuidor, na frase de Mommsen,[68] e legítimo depositário da magistratura, a expressão viva da eterna realeza que se achava apoiada nos cidadãos, era, por assim dizer, teoricamente, a própria realeza, que podia, de fato, funcionar como tal.

Depois que aquele caráter de ancianidade foi sendo modificado pelas conveniências políticas, atendendo-se, na sua formação, não tanto à necessidade de dotá-lo de homens experientes mas, sim, dos mais poderosos representantes das famílias patrícias, a sua importância moral foi sendo

---

67 *Inst. – Comm.* I, § 3º.

68 Cit. *Staatsr.* – L. 5º, Cap. 2º.

também substituída pela força de sua autoridade, de maneira que o que ia perdendo em perfeição, ganhava em supremacia sobre os cidadãos.

Quando as reivindicações plebéias começaram a preparar os elementos necessários à fusão das duas classes – *plebe* e *patriciado*, – as tentativas para dar ingresso no Senado aos representantes da plebe tomaram uma feição mais positiva do que tiveram no tempo de Tarqüínio, o *antigo*, quando conseguiram alguns lugares para os chefes de famílias plebéias, embora com funções menos amplas e até com denominação pejorativa – *patrum minorum gentium*.

Vencidas, porém, as resistências, o Senado foi recebendo representantes de ambas as classes, os quais, não obstante o orgulho dos patrícios, eram tratados indistintamente por *patres conscripti*.[69]

Os senadores eram escolhidos pelos reis e, depois, pelos Cônsules e pelo Imperador. Com a promulgação da *Lex Ovinia*, dos meados do século V, a eleição para o Senado (*lectio senatus*) foi encarregada ou cometida aos Censores, com a obrigação de serem escolhidos os que tivessem exercido funções de magistrados, salvo os que reputassem indignos essa nomeação, mas, isto sob juramento solene.

O Senado era convocado e presidido no tempo da realeza pelos Reis, na República pelos Cônsules e pelos Tribunos da plebe, no Império pelo Imperador, ou pelos Cônsules.

Entre as mais importantes atribuições do Senado estava a de legislar sobre o Direito Privado. A princípio, a sua competência coincidia com a competência dos Comícios, cabendo-lhe a organização da família, por meio da *adrogatio* e do *testamentum*, e declarar a guerra, caso em que o magistrado devia apresentar a proposta aos cidadãos (*ferre ad populum*) e, aprovada, voltar ao Senado para obter a ratificação definitiva (*referre ad Senatum*).

---

69 Esta expressão provém do fato de serem senadores inscritos em uma relação, segundo a dignidade dos cargos públicos que tivessem exercido, a começar pelas magistraturas (*certus ordo magistratuum*), vindo, em seguida os denominados – *pedarii senatores* –, isto é, os que ainda não haviam exercido cargo público algum e não dispunham de *voto deliberativo*. Ocupava o primeiro lugar na relação o *princeps senatus*, assim chamado em homenagem à sua idade, por ser o mais *velho* entre os que haviam exercido magistraturas.

Com o correr dos tempos, à proporção que a esfera de ação dos comícios se restringia, pela dificuldade de reunir-se o povo à medida das necessidades de ordem pública legislativa, crescia o poder legislativo do Senado, pela deslocação das atribuições de uns para o outro. Explicando a maneira de organizar o *senatusconsulto*, desde a sua apresentação, até a guarda dos originais de sua redação, Serafini[70] se exprime assim: – "O senatusconsulto era proposto por um magistrado, verificando-se a votação *per discessionem* ou *per singulorum sententias*. Redigiam-no o proponente (*relator*) e uma comissão de senadores por ele escolhida. Compunha-se de três partes:

"1ª O *preâmbulo*, isto é, o nome do redator e dos comissários assistentes, o dia e lugar em que foi votado;

"2ª A *relatio* (texto do senatusconsulto), freqüentemente seguida de um resumo dos motivos que a aconselharam;

"3ª a *deliberação* do Senado, precedida da formula: – *De ea re ita senatores censuere.*

"Os senatusconsultos eram depositados no *oerarium Saturni* e copiados pelos *scriboe*, sob a vigilância dos questores."

No Império, os *senatusconsultos*, desde de Tibério até Alexandre Severo, num espaço de 200 anos, tornaram-se *fontes* preciosas do Direito Privado e raramente constituíam matéria de Direito Público, pois, este, em regra, fazia objeto das *constituições imperiais*, em suas várias modalidades.

Depois do governo de Alexandre Severo, devido talvez a criação do Conselho Imperial (*Consilium Principi*), com caráter permanente e composto dos jurisconsultos de maior nomeada, o *senatusconsultos* cederam definitivamente lugar às *constituições imperiais*, conseqüência inevitável do fato de se ter tornado o Senado uma simples dependência da casa imperial, que aprovava subservientemente as propostas do Imperador, quer fossem feitas de viva voz (*oratio*), quer por escrito (*espitula*), de sorte que os *senatusconsultos* do tempo de Marco Aurélio (161 da E. C.), até Antonino Caracala (217), são geralmente designados com as denominações de *oratio* ou *epistula* e o nome do respectivo Imperador.[71]

---

70 Cit. *Inst. de Dir. Rom.* – Cap. IV, 1 vol.

71 Veja-se o Apêndice II – *Senatusconsultos.*

Gaius define *senatusconsultos* – *quod senatus jubet atque constituit*[72]–, e Justiniano copia as mesmas palavras de Gaius, acrescentando que – *nam cum auctus esset populus romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum senatujm vice populi consuli.*[73]

DIREITO CONSUETUDINÁRIO – Como vimos, o *jus non scriptum* se manifestava pelos usos e costumes, dizendo as *Institutas* de Justiniano[74] que – *direito não escrito é que o uso tem comprovado, pois, os* costumes *antigos, comprovados pelo consentimento dos que o seguem, parecem-nos leis.*

No conceito de Justiniano há o emprego de duas palavras – uso – (*usus*) e – costumes – (*mores*). Haverá sintonia entre estas duas palavras, ou elas exprimem coisas diferentes? Para as *Institutas* parece que ambas têm o mesmo significado, mas, de fato assim não é.

Rigorosamente, *uso* é *fato* decorrente do que se diz, se faz e se segue continuamente; *costume* é o *direito* não escrito, observado durante longo tempo.[75]

Entretanto, ordinariamente, as duas palavras vêm juntas para exprimir a mesma idéia, isto é, diz-se *usos* e *costumes* como significado – *Direito Consuetudinário –*[76] ou *Costumeiro.*

---

72 Cit. *Comm.* I, § 4º.

73 *Inst.* – cit. L. I, T. II, § 5º – "...pois quando argumentou o povo romano, de modo a ser difícil convocá-lo em massa para sancionar a lei, pareceu conveniente consultar-se o senado em vez do povo". – Alguns romanistas entendem que esta razão não é verdadeira, porque o contrário era que ocorreria, isto é, o povo estava diminuindo pelas guerras constantes, servindo apenas para cobrir o despotismo imperial, sempre aprovado com cólera popular, cuja reunião, em grande massa, podia ser fatal à estabilidade do trono. A importância das outras *fontes genéricas – reponsa prudentum, magistratuum edicta* e *constitutiones Principi,* determinou que as tratássemos em separado e cada um de per si. Veja-se, pois, neste vol. I os Títulos III, VII e VIII.

74 Cit. L. I, T. II, § 9º – Ex non scripto jus venit quod *usus* comprobavit. Nam diuturni *mores* consensu utentium comprobati legem imitantur.

75 Esta distinção foi feita por Afonso X, nas *Siete Partidas,* – Prim. Part. – T. II, L. L. I e I V – dizendo o seu melhor comentador – Gregório López – que – Differt ergo usus a consuetudine, ut hic, quia usus sonat factum, consuetudo jus.

76 *De consuetudo, consuetudines,* – que tanto significa *uso,* como *costume,* na linguagem dos clássicos latinos.

Savigny,[77] estudando o *Direito Consuetudinário* como fonte de direito positivo, critica a expressão, por ele mesmo dada, de – *Direito Costumeiro* –, entendendo que tal expressão pode dar lugar a uma série de falsas induções. Assim, diz ele, pode imaginar-se que, em sua origem, a solução de uma questão de direito era abandonada, como coisa indiferente, ao arbítrio e ao acaso; bem como que, ao invés de procurar-se para certo caso uma solução nova, achava-se mais fácil adotar a antiga e que este método, uma vez admitido, ia se tornando, dia a dia, mais natural. Entretanto, afirma o sábio mestre, se se examina a verdadeira base de todo o direito positivo, encontra-se uma ordem de princípios e de conseqüências bem diferentes. A base do direito positivo tem sua existência e sua realidade na consciência geral do povo. Mas, esta consciência, invisível por sua natureza, como a reconheceremos? Reconhecê-la-emos nos atos exteriores que a manifestam, nos usos, nos hábitos, nos costumes. Daqui, conclui que "*o costume não cria o direito positivo, é apenas o sinal pelo que se o reconhece.*"

Estas considerações têm todo o fundamento científico e se aplicam, com perfeita exatidão, à história do desenvolvimento do *Direito Consuetudinário* em Roma.

É já uma verdade indiscutível que todos os povos da Antiguidade tiveram, no início de sua vida social, como únicas regras de conduta, princípios de Religião, cuja secularização, se assim podemos nos exprimir, se ia operando por efeito de desprendimento do tronco comum. Estas regras se desenvolviam na consciência popular e, a força de serem observadas, tornavam-se *costumes.*

Em Roma, quando a sociedade começou a tomar *forma* definitiva e a manifestar *órgãos,* mais ou menos perfeitos, para as funções da vida social, isto é, quando se descobre nessa sociedade fenômenos que podem ser explicados *morfologicamente* e *fisiologicamente,* o Direito aparece, desde logo, como uma necessidade imperiosa, muito maior do que entre outros povos da Antiguidade, por dupla razão.

Roma, segundo reza fidedigna história, formou-se como vimos, pelo amálgama de três povos – *latinos, sabinos e etruscos.*

---

77 *Op. cit.* – Vol. I, § XII.

Para a fusão destes três elementos geradores da população inicial, a primeira necessidade a impor-se era a criação de princípios de *Direito Público* que regulassem as relações dos três povos, coordenando os interesse respectivos na *federação.* Eis porque, talvez, na lenda, se nota a inversão da ordem dos fatores do Direito: o *Estado* precedeu à *Família* e esta à *Religião.* Assim, a própria inversão indica que estes povos que se reuniram em um só Estado, já traziam uma Religião e tinham o instinto da família, que é o da conservação da espécie, carecendo apenas subordinar aquela e este aos interesses da nova coletividade.

A outra razão da maior necessidade do Direito em Roma, desde o seu início, está, decerto, no próprio gênio da raça que resultou da fusão dos três elementos, raça de acentuada propensão para a disciplina, do que é prova o fato mesmo da federação que organizaram os três povos. Daqui o disseram os romancistas que as origens do Direito Romano devem ser buscadas nos *mores majorum,* porque, embora já tivessem uma *Religião* e conhecessem as necessidades da *Família,* não tinham ainda sistematizado, em justa correlação, os princípios reguladores de ambas. Eis a razão da frase de Pomponius logo ao abrir seu livro *Libro Singulari Enchiridii,*[78] em que afirma que "*nos começos de Roma o povo vivia e agia sem lei determinada, nem direito certo, governando-o os reis ao seu arbítrio*".

Dividido o povo em duas classes, naturalmente o Direito Privado devia apresentar dupla ordem de princípios, uns para os patrícios, outros para os plebeus, sendo mesmo possível, como ensina Maynz,[79] que, a princípio, cada tribo tivesse seu Direito próprio, ou, indo mais longe, que cada um daqueles povos tivesse os seus costumes jurídicos que, mais tarde, confundiram-se nos costumes gerais da nação.

Ao lado, pois, das *leges regia, curiatoe, centuriaoe, plebiscita* e *senatuconsulta,* vinha-se formando um Direito extralegal, reclamado pelas necessidades da vida social e formulado pelo próprio gênio da raça, independente de prévia manifestação da vontade popular, mas, implicitamente, com assento nesta, por efeito de seu consentimento posterior.

---

78 *Dig.* – cits. L. I, T. II, fr. 2º – Et quidem initio civitatis nostra populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur.

79 *Curso de D. R.* – vol. I, Seç. 2ª, nº 30.

Bom é também na esquecer como elementos de força impulsiva do *Direito Consuetudinário*, a contribuição da ciência jurídica, desenvolvida pelos jurisconsultos, e das correntes estrangeiras estabelecidas pelo comércio com a Grécia e com os povos orientais, do que é prova decisiva os subsídios que os *Códigos de Hamurábi* e de *Amasis* prestaram à legislação escrita das XII Tábuas.[80]

Mas, é preciso não atribuir à contribuição dos jurisconsultos, como, aliás, o fez o sábio Savigny, um papel que eles não tiveram. É certo que os jurisconsultos de Roma muito fizeram a favor do *Direito Consuetudinário*, porém, indiretamente, comentando e penetrando à essência dos *usos* e *costumes* para extrair o sentido próprio deles, e não criando regras consuetudinárias, porque as regras que eles formulavam constituíram genuíno *Direito Civil* e faziam parte do *jus scriptum.*

Da mesma sorte, a contribuição dos magistrados com os seus editos e dos juízes com suas sentenças, não deve ser considerado como elemento formador daquele *Direito Consuetudinário*, mas, sim, como explicador de seus princípios, incorporador de suas regras ao *Direito Honorário* e intérprete dos seus preceitos para firmar as *auctoritas serum similiter judicatarum.*

Não obstante isto, costumam os romanistas que fazem da origem do Direito, isto é, da promulgação ou não por autoridade legislativa, o ponto central da distinção entre o *jus scriptum* e o *jus non escriptum,* dividir o *Direito Consuetudinário* em *popular, científico* e *honorário,* sendo o primeiro o que vem das regras formuladas espontaneamente pelo povo, – o segundo o que resulta da opinião dos jurisconsultos e, finalmente, o último, o proveniente das deliberações e julgados dos magistrados e juízes.

É indubitável que o *Direito Consuetudinário* forneceu ao *Direito Civil* várias regras que sempre foram observadas. Haja vista ao que ocorreu com a *instituição de herdeiro*, solenidade substancial para a validade do testamento, a *querela de inoficiosidade*, fórmula para anular o testamento e restabelecer o direito dos *heredes sui,* a *substituição pupilar,* conseqüência do pátrio poder, pelo qual o *pater* dispunha em seu testamento pelo filho

80 Veja-se h. L., T. VI deste vol.

ou herdeiro que não o pudesse fazer por sua idade pupilar, a *proibição de doações entre o marido e mulher*, etc., etc.

Como se vê, o uso e costumes tiveram em Roma grande influência na evolução do Direito Privado, mas, para que tal acontecesse, de forma a constituir Direito, exigiam as leis e os jurisconsultos uma série de condições ou requisitos, sem os quais de nada valeriam.

Entre estes requisitos, podemos assinalar: 1º O costume devia ser observado durante longo tempo – *longa consuetudine* – e aceito pelo consentimento do povo – *tacitus consensus populi;*[81] 2ºcarecia ser comprovado – *comprobatus* – não somente quanto a sua existência, como também em relação à sua prática uniforme – *uniformis* – e repetida – *requenter* –, 3º devia ser naturalmente racional e não assentar em erro, porque – *"o que se introduziu, não pela razão, mas, pelo erro inicial, tornando-se depois costume, se não deve observar em casos semelhantes"*, dizia Celso.

A questão mais importante que se prende a esta matéria e tem dominado a atenção dos romanistas é a de saber se o costume pode ou não revogar uma lei anterior.

Modestino[82] parece admitir a afirmativa quando diz que – todo direito ou é estabelecido pelo consentimento, ou introduzido pela necessidade, ou *o costume lhe deu força.* Gaio[83] ensinava que tudo quanto se contrai por direito, se dissolve pelo direito contrário, – e Ulpiano acrescentava que – ao que é permitido o *mais* não deve ser ilícito o que é *menos.*[84] Sendo assim, admitir que o costume possa dar força ao direito é, logicamente,

---

81 Não havia tempo certo, mas, os intérpretes entendiam que o consentimento de três gerações era mais que suficiente. A prova de sua existência, da freqüência de sua prática e da sua uniformidade não foi estabelecida, mas, em regra, era dada pelo testemunho dos antigos e da tradição entre os chefes de família. Quanto ao ser *naturalmente racional* e *isento de erro,* ficava demonstrado pelo próprio costume em face da razão. Daqui o dizer Celso – "quod non ratione intriductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet" – *Dig.* – L. I, T. III, fr. 39.

82 *Dig.* – L. I, T. III, fr. 40 – Ergo omne jus aut firmavit consuetudo.

83 *Dig.* – L. I, T. XVII, fr. 100 –Omnia, quoe jure contrahuntur, contrario jure peruent. A expressão – *contrahuntur* – não altera a razão do argumento.

84 *Dig.* – loc. cit. – fr. 21 – Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere.

admitir, também, que possa retirá-la, e, retirar a força ao direito, é exatamente o que se chama *revogação.*

De acordo com esta conclusão estão Juliano,[85] que diz expressamente que as leis se derrogam, não só pela *vontade do legislador*, como também pelo *não uso*, por tácito consentimento de todos –, e duas constituições imperiais, uma de Alexandre Severo[86] e outra de Leão [87] também o afirmam.

Há, porém, uma constituição do Imperador Constantino Magno,[88] que afirma a regra de que, não obstante – "o costume de longo tempo ter autoridade não vulgar, na verdade não poderá valer jamais contra a razão ou a lei."

Concluem daqui os adversários da opinião de Juliano que, em face da lei, aquela conclusão é insustentável. Entretanto, Savigny mostra à saciedade que laboram em erro os que supõem achar fundamento na aludida constituição de Constantino.

Esta constituição tem por objeto, não o costume geral que se faz *Direito Consuetudinário* regular, mas sim, o costume *local, particular*, a que seria absurdo conceder maior autoridade do que a própria lei ou ao espírito geral, a razão mesma da lei, porque isto importaria em submeter a autoridade da lei geral à força de um costume local.

A questão perde, porém, toda a importância para o Direito Romano codificado, não só porque a Constituição do Imperador Leão é do

85 *Dig.* – loc. cit. – fr. 32, in fine – ...quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

86 *Cod.* – L. VIII, T. LIII, const. I – Praeses provinciae probatis his, quoe in oppido frquenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet, nam et consuetudo proecedens et ratio quoe consuetudinem suasit custodienda est et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provenncioe.

87 *Cod.* – loc. cit. – const. III – Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter connsuetudo imitatur et retinet; et quod officiis curiis civitatibus principis vel collegiis proestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.

88 *Cod.* – loc. cit. – const II – Consuetudinis ususque longoevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo valitura momento, ut aut rationem vincat ut legem.

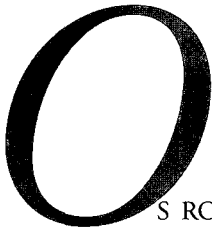
ano de 469 e, portanto, revocatória da de Constantino, que é do ano de 319, como também porque Justiniano deu o golpe de morte na dúvida, dizendo positivamente que – "o direito que cada cidade constitui para si mesma é costume ser muitas vezes mudado *pelo consentimento tácito do povo* e por outra lei posteriormente promulgada.[89]

Em Direito Romano, pode afirmar-se, portanto, que os costumes revogam leis, sempre que estivessem de *acordo* com as regras aludidas.

89 *Inst.* – loc. cit. – § II, *in fine* – ...E a vero quoe ipso sibi quoeque civitas constituit, soepe mutari solent vel tacito consensus populi, vel alia postea lege lata.

Título III

PERÍODOS DA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ROMANO, COM INDICAÇÃO DOS GRANDES MONUMENTOS JURÍDICOS E DOS MAIS NOTÁVEIS JURISCONSULTOS

SUMÁRIO - MÉTODOS PARA A EXPOSIÇÃO DA HISTÓRIA *EXTERNA* DO DIREITO ROMANO (*DIDÁTICO, CRONOLÓGICO OU SISTEMÁTICO E SINCRÔNICO* OU PROPRIAMENTE *HISTÓRICO*). DIVISÃO DA HISTÓRIA TOMANDO PARA CRITÉRIO A CODIFICAÇÃO DAS *LEGES* E DO *JUS* PELO IMPERADOR JUSTINIANO. OUTRAS DIVISÕES: EM *ANTIGO, NOVO,* E *NOVÍSSIMO;* - EM *ITÁLICO, GREGO, PROVINCIAL E CRISTÃO;* - EM *DIREITO CIVIL, DIREITO DAS GENTES* E *DIREITO NATURAL.* DIVISÕES SOB O PONTO DE VISTA DO MÉTODO *SINCRÔNICO.* DIVISÃO DE *GIBBON* E SEUS ADEPTOS; DE *MAREZOLL* E SEUS ADEPTOS, MODIFICAÇÕES DE *HOLTIUS*; DE *ORTOLAN;* DE *D. JUAN SALA; DE GUIDO PADELLETTI,* ADOTADA POR *TOBIAS BARRETO.* CRÍTICA. A DIVISÃO PREFERÍVEL E O CRITÉRIO EM QUE ASSENTA. INDICAÇÃO, DENTRO DE CADA PERÍODO, DAS *LEIS, SENATUSCONSULTOS, CONSTITUIÇÕES IMPERIAIS, EDITOS DOS MAGISTRADOS* E OBRAS DOS GRANDES JURISCONSULTOS QUE MAIOR IMPORTÂNCIA TIVERAM. BREVE NOTÍCIA BIBLIOGRÁFICA SOBRE OS NOTÁVEIS JURISCONSULTOS INDICADOS NA *LEI DAS CITAÇÕES* E DE OUTROS QUE CONCORRERAM PARA A GRANDEZA DO DIREITO ROMANO.

OS ROMANISTAS têm adotado dois métodos para a exposição da *história externa* do Direito Romano: um, a que dão as denominações de *didático, cronológico* ou *sistemático*; outro, a que chamam *sincrônico* ou propriamente *histórico.*

O primeiro toma como critério cada uma das fontes do direito e estuda o seu desenvolvimento, desde a origem até ao desaparecimento, sem

preocupar-se com o que ocorreu às fontes de espécies diferentes, que, concomitante ou paralelamente, atravessaram o mesmo período de tempo. Como se vê, é um processo de isolamento, quase um trabalho de microscopia.

O segundo divide a história em períodos, mais ou menos longos, e estuda, dentro de cada um desses períodos, o desenvolvimento de todas as fontes, procurando explicar as influências recíprocas e, muitas vezes, acontecimentos alheios ao direito, mas, que, freqüentemente, guiam o espírito do observador para a descoberta das verdadeiras causas eficientes das instituições jurídicas.

O método *sistemático* é atacado pelos *sincronistas* principalmente porque não atende ao conjunto de causas simultâneas na sucessão dos fatos, visando somente descobrir e estudar o que for particular a cada fonte, forjando a história desta, como o ferreiro forja elos iguais e do mesmo ferro para fazer uma só cadeia.

O método *sincrônico* é criticado pelos adeptos do *sistemático,* porque, despreocupando-se do ponto restrito de observação, apresenta a história em porções, fragmentando, dividindo as fontes e obrigando, quase sempre, a repetições para evitar confusões e inevitáveis esquecimentos.

Não obstante os inconvenientes de um e de outro dos métodos indicados, parece-nos preferível o *sincrônico,* porque os seus defeitos podem ser arredados com maior facilidade do que os do *sistemático.*

Com efeito, sendo o direito um fenômeno histórico, um verdadeiro precipitado social, imposto pela afinidade existente entre a vida humana e o tempo em que ela, em um certo meio, se desenvolve, não há como separar da idéia do Direito os fatores da vida social, as necessidades do meio e a influência do tempo no organismo jurídico.

Fragmentar a história em porções certas a determinadas para, dentro delas, estudar as fontes do direito, é, sem dúvida um erro imperdoável. Mas, estudar as relações da vida social em um certo meio, descobrir as ligações íntimas dos fatos e verificar que umas e outras mudaram, fundamentalmente, no decurso do tempo, para depois assinalar as estações em que são observadas tais mudanças, não é fragmentar a história, é, ao contrário, acompanhar o curso da vida, sem esquecer que ela também se modifica profundamente da infância à puberdade, desta à virilidade e assim por diante até a morte.

Ao nosso ver, a causa da crítica geralmente feita ao método sincrônico está no arbítrio, ou melhor, na falta de critério, com que os *sincronistas* têm dividido a *história externa* do Direito Romano.

Tomando o Direito Romano no sentido das *Leges* e do *Jus* codificados e sendo mais notável codificação a operada pelo Imperador Justiniano, costumam os romanistas dividir o Direito Romano em *anterior, do tempo* e *posterior* a Justiniano e assim estudam a história de sua influência no próprio Império e fora dele, sem cuidar da sua formação e desenvolvimento.

Esta divisão, porém, toma o Direito Romano em um sentido *estritíssimo*, mutilando o grande monumento e como que retirando de seu arcabouço elementos substanciais para o perfeito conhecimento da estrutura. Além disto, esta divisão coloca-nos em uma situação lógica intolerável pela confusão a que dá lugar.

Sabido que o *Direito Romano Justinianeu* é aquele que foi codificado por ordem do Imperador e se compõe de *Leges (Codex)* e *Jus (Pandectoe et Institutiones)*, verifica-se que o *Codex* contém constituições imperiais de Justiniano e de Imperadores anteriores, bem assim que as *Pandectoe* foram organizadas como os subsídios prestados pelas obras de trinta e nove jurisconsultos não contemporâneos à codificação.

Assim sendo, teremos de considerar o *Codex* como coleção de *direito anterior* e *do tempo* de Justiniano, ao passo que as *Pandectoe* serão genuíno *direito antejustinianeu.*

Ainda mais, consideradas as *Novelloe* como *direito justinianeu* é sabido que quase todas as edições do *Corpus Juris Civilis* colecionam 168 novelas, das quais 7 são de Imperadores que sucederam a Justiniano, teremos que cindir esta coleção para considerá-la em parte como de *direito justinianeu* e noutra parte como de *direito pós-justinianeu.*

Há outras divisões do Direito Romano considerado historicamente, tais como: *antigo, novo e novíssimo,* – dos períodos: *itálico, grego, provincial e cristão,* – da predominância do *direito civil, do direito das gentes e do direito natural,* etc., etc.

Entretanto, estas divisões, posto que obedeçam no critério do desenvolvimento histórico, não se preocupam em fazer a distinção, hoje geralmente adotada, entre *história interna* e *externa*, que, agora, é funda-

mental para nós, porque visamos estudar as fontes do direito já organizado e explicar, pelo método *sincrônico*, a formação e desenvolvimento do Direito Romano, desde as suas primeiras manifestações até chegar ao que poderemos chamar *cristalização integral da norma e da coação.*

Em geral os escritos da *história externa* do Direito Romano adotam o critério de dividi-la em quatro grandes períodos, partindo da fundação de Roma e terminando com a morte do Imperador Justiniano. As divergências aparecem somente quanto à fixação do término dos períodos centrais.

Gibbon, notável historiador inglês, estabelecendo um *simile* entre a vida do Direito Romano e a vida do homem, divide a história em quatro períodos: 1º o da *formação* ou da *infância*, que vem desde a fundação de Roma até as Leis das XII Tábuas, – 2º o do *desenvolvimento* ou *adolescência*, que chaga até Cícero, – 3º o da *perfeição* ou *virilidade*, que se estende até Alexandre Severo, – e, finalmente, 4º a da *decadência* ou *velhice*, que termina em Justiniano.[1]

Esta divisão foi adotada por G.Hugo, Blondeau, Mackeldey, Giraud, Laserna e outros.

Marezoll faz a seguinte divisão:1º da fundação de Roma à Lei das XII Tábuas, – 2º da Lei das XII Tábuas ao estabelecimento do Império por Augusto, – 3º de Augusto até Constantino, – 4º de Constantino a Justiniano.[2]

Adotaram esta divisão Demangeat, Maynz, Lariche e outros. Holtius adota a mesma divisão com uma pequena modificação, qual a de fazer terminar o primeiro período com a *Pretura Urbana.*

Ortolan admite apenas três períodos: o *real*, o *republicano* e o *imperial.*[3]

D.Juan Sala estabelece seis períodos 1º da fundação de Roma à queda da realeza, – 2º à Lei das XII Tábuas, – 3º à queda da república, 4º ao governo de Adriano, – 5º a Constantino, – 6º a Justiniano.[4]

---

1 *History of the Decline and fall of the Roman Empire* – Cap. 44 (2ºvol.).

2 *Lehrbuch der Institutionem* – pág. 23.

3 *Histoire de la Legislation Romaine* – pág. 27

4 *Institutiones romano-hispano* – introd.

Há muitas outras divisões, tais como a de Rivier, Danz, Kuntze, Zimmern, Mommsen, Becker, Haubold, Van Wetter, Berriat St. Prix, Willems, Schwppe, Guido Padelletti, e outros.

Entre estas, há uma que foi adotada por Tobias Barreto e isto nos basta para considerá-la merecedora de atenção particular. Referimo-nos à divisão de Guido Padelletti, sobre o qual o pranteado Mestre escreveu o seguinte:

"É bem sabido quanto esta divisão diverge de uns e outros autores; mas, também é certo que estes tratam sobretudo de fazer corresponderem os períodos a certas diferenças e alterações notáveis no desenvolvimento jurídico. Por isso mesmo é que de todas as divisões a que mais me agrada é a de Guido Padelletti, que só admite três períodos. O primeiro vai das origens de Roma ao sétimo século de Roma: é o período verdadeiramente original e fecundo da legislação romana; as instituições não são a obra refletida e sábia dos legisladores, porém, nasceram das lutas diárias e das condições particulares do "*populus romanus Quiritium*", povo que fundou toda a sua economia nacional sobre a posse e cultura do solo. No segundo período, do século de Roma ao terceiro século depois de Jesus Cristo, isto é, da destruição da Cartago e Corinto, até a organização do Império por Diocleciano, o direito romano, por suas conquistas, se estende a princípio na Itália e nas ilhas italianas, depois no Ocidente e no Oriente; mas, ao mesmo tempo as condições sociais se alteram e por conseqüência também as instituições jurídicas. O terceiro período vai de Diocleciano à queda do Império do Ocidente, é uma época de decadência, tudo se transforma, se corrompe, se dissolve."[5]

Não obstante a verdadeira fascinação exercida sobre o nosso espírito por tudo quanto esse homem extraordinário produziu em todos os ramos de sua fecunda atividade intelectual, não podemos concordar com essa divisão, por parecerem os períodos assinalados de grande âmbito, desatendendo acontecimentos que, indiscutivelmente, determinaram uma nova feição às instituições jurídicas. Basta ver no primeiro período, Padelletti passa pela lei das XII Tábuas, esquece a obra ingente dos *Decênviros*, que foi, sem contestação, o início de uma nova era para o direi-

---

5 *Estudos de Direito* – pág. 288.

to romano, até então consuetudinário, provindo de algumas leis régias e nascendo espontaneamente dos casos particulares submetidos à apreciação dos julgadores. (*Estudos de Direito* – pág. 288.) O direito *adjetivo* precedia rigorosamente ao direito *substantivo*, tanto assim que a própria Lei das XII Tábuas legisla em primeiro lugar sobre *organização judiciária e sobre processo* (I e II Tábuas).

Estudando, uma por uma, todas as divisões propostas, estamos convencidos de que elas não obedecem a um critério rigorosamente científico e afastam-se da verdade da História.

A divisão de Ortolan, posto que digna de atenção, principalmente pelo motivo que a justifica, esquece fatores de suma importância e não tem o rigor da verdade.

Basta verificar, através das fontes, que as mutações políticas de Roma pouco influíram na formação do Direito. Este progredindo sempre, desde a Lei das XII Tábuas até a morte de Alexandre Severo, não porque a República e o Império lhe tivessem dado maior vitalidade e energia, mas porque, segundo observa von Jhering, "*os princípios não constituem simples categorias lógicas, são a concentração das regras materiais e as regras mudam com as relações*"[6].

A divisão de Blondeau, Mackeldey e outros, ainda que mais rigorosa que a de Ortolan, esquece um fator preponderante no desenvolvimento do Direito Romano.

Uma vez que esses notáveis romanistas deixaram de parte o critério político e se não detiveram no estudo minucioso das causas determinantes das grandes reformas operadas nos *costumes* e nas *leis*, é bem de ver que não podiam chegar a estabelecer uma divisão que correspondesse ao curso real dos acontecimentos.

A divisão de Marezoll, Maynz e outros, embora preferível às antecedentes, pois que atende, em parte, ao fator preponderante a que nos referimos, todavia, assinala ao 2º período os extremos da Lei das XII Tábuas e da fundação do Império por César Augusto, quando podia ter chegado até Adriano.

---

6 *Esp. del Derecho Romano* – vol. 4º, pág. 304.

Não obstante a incontestável autoridade de tão notáveis romanistas, não podemos deixar de ter a pretensão de dar uma solução, exclusivamente nossa, a tão porfiada controvérsia.

Para nós a verdadeira divisão da ***história externa do Direito Romano*** é a que se desenvolve nos cinco períodos seguintes: 1º – *de Rômulo até a Lei das XII Tábuas*; 2º – *da lei das XII Tábuas até Adriano*; 3º – *de Adriano até Alexandre Severo;* 4º – *de Alexandre Severo até Constantino*, e 5º – *de Constantino até a morte de Justiniano.*

No primeiro período o direito se compõe dos costumes antigos dos povos itálicos que fundaram Roma; no segundo, fixado pela Lei das XII Tábuas, se desenvolve graça à interpretação dos pontífices e dos jurisconsultos e assume o caráter de direito nacional; no terceiro atinge ao máximo grau de desenvolvimento pela obra incomparável dos jurisconsultos, dentre os quais basta citar Gaius, Aemilius, Papinianus, Domicius, Ulpianus, Julius Paulus e Herennius Modestinus para mostrar o valor desse período; no quarto, a decadência começou a operar-se e teria chegado à completa ruína do grande monumento se não aparecesse "*a nova progênie*", mandada do alto céu, na fase profética de Virgílio, para dar ao direito um novo impulso com as idéias de amor, de paz e de alta moralidade, pregadas pelo meigo Nazareno; no quinto, finalmente, aparece a figura simpática de Constantino, que, vendo o desmoronamento do Império pelas constantes invasões dos godos, francos e hérulos, reedificou Bizâncio, fê-la segunda cidade romana, com o nome de Constantinopla, e tornou dominante a religião cristã.

Estudados estes cincos períodos da *história externa* do Direito Romano, verifica-se que o limite que traçamos a cada um deles encerra, em uma seqüência lógica, os acontecimentos mais notáveis na formação e evolução do Direito.

No primeiro período, a história do Direito se confunde com a história da Religião.

A lenda da origem de Roma foi magistralmente estudada pelo profundo von Jhering.[7]

---

7 Obra cit. – vol. I, pág. 115, "Cosmogonia romana do direito".

"A origem de Roma", diz ele, "segundo a lenda, é um estado de selvagismo e de anarquia.

"Os fundadores de Roma são bandidos e aventureiros, desterrados pelos seus e que, por amor a uma liberdade sem freio, separam-se dos seus concidadãos, abandonando seus deuses e suas famílias e não levando consigo senão seu braço e sua espada.

"Agregação de indivíduos, de átomos, não tinham outro laço a não ser o espírito selvagem e o fim comum do bandolerismo.

"Não levavam mulheres e os povos vizinhos, que os viam como dejetos dos povos, repeliam com menoscabo e indignação a idéia de dar-lhes suas filhas em casamento.

"Porém, o que se não lhes dava de bom grado, tomavam à força e convidavam os seus vizinhos aos jogos públicos, durante a festa que acometem os seus hóspedes (crimes dos mais execráveis, segundo as idéias da antiguidade) e roubavam suas filhas.

"Rômulo, o seu chefe, a quem a lenda elevou à hierarquia dos deuses, foi o primeiro a dar o exemplo e o fratricídio lhe outorga o poder absoluto.

"A lenda não parece escandalizar-se de semelhante crime, e o desculpa, tendo em conta o estado originário de selvagismo e de arbitrariedade.

"Entretanto, o mesmo Rômulo põe-lhe fins, fazendo reinar a ordem e o direito como os únicos laços capazes de conter esta turba selvagem; para protegê-los instituí o poder real, que, por essa razão, rodeia de dignidade e de esplendor.

"À fundação do estado sucede a do lar doméstico com o rapto das sabinas.

"Fundados o Estado e a Família, vêm, por sua vez, a Religião.

"Rômulo tinha respeito aos Deuses, porém, a maior parte de sua atividade foi encaminhada para o Estado.

"Numa, seu sucessor, que, segundo a lenda, foi chamado ao trono pela reputação de sua piedade e de seu espírito de justiça, aparece como representante do princípio religioso.

"Não se cinge somente ao estabelecimento da religião, à introdução de novos deuses e ao regime do culto, mas também tem por fim fundar de novo, sob o império das leis e da moral, a cidade que se havia

levantado pela violência e pela força das armas, e o consegue, dando a essas instituições uma consagração divina, que resultava de apresentar as instituições religiosas como inspirações da *ninfa Egéria.*"

Eis a lenda da fundação de Roma e não obstante serem as lendas um poderoso elemento para conhecer a inteligência, a índole e as tendências dos povos, todavia, a lenda romana apenas nos indica uma inversão na ordem dos fatores do Direito.

A Religião, a Família e o Estado não se sucederam. Rômulo começou por fundar o Estado, para depois cuidar da Família, vindo a caber a Numa a fundação da Religião.

Seja, porém, como for, o que podemos colher de verdade das lições de Tito Lívio[8] e Cícero[9] é que a primitiva população de Roma se compunha de três raças distintas: a *latina*, representada pelos *ramnenses*, sob a chefia de Rômulo; a *Sabina*, representada pelos *titienses*, sob a chefia de Tacius, e a *etrusca,* representada pelos *lúceros*, sob a chefia de Lúcumus.

Reunidos estes três povos, agrupados em tribos distintas, estabeleceram-se sobre as colinas que ficam à margem esquerda do Tibre e submeteram-se à autoridade de um rei.

A *gens*, a união dos parentes, dava lugar ao "*nomen gentilitium*", à autoridade do *pater famílias* e formava a classe dos *patricii*, a quem era confiado o governo do Estado e a quem eram concedidos os privilégios de cidadão romano.

A reunião das gentes formava as *cúrias* e estas os chamados *comitia curiata*, perante os quais o rei exercia seu poder, constituindo a forma mais antiga do poder legislativo romano.

O rei era assistido por um Senado, composto de *patres*, os mais velhos chefes das famílias patrícias.

As *leges curiatoe*, para que fossem perfeitas, careciam de aprovação do Senado: – era a sanção das *auctoritas patrum.*

A distinção entre *patrícios e plebeus* deu lugar a uma forte reação, entre estes e aqueles, e *Tarqüínio*, o velho, procurou remediar a disparidade

---

8 I, 13, 8.

9 *De Repub.* – 11, 8.

social, mas, a enérgica oposição de *Navius*, fê-lo desistir do seu projeto, conseguindo apenas incorporar um certo número de famílias plebéias às cúrias patrícias, sob a denominação de *minoris gentes* e dar aos chefes destas famílias lugar no Senado, sob a denominação de *patrum minorum gentium.*

Servius Tullius chamou os plebeus a concorrer com os patrícios ao serviço militar e à confecção das leis nos *comitia centuriata.*

No ano de 245, de Roma, caiu a realeza e o rei foi substituído por dois magistrados patrícios eleitos por um ano, com poderes iguais sob a denominação de *Cônsules*, separando-se a autoridade civil da religiosa e confiando-se esta a um grande pontífice.

Vieram depois os *tribuni plebis* e as assembléias da plebe – *consilia plebis*, – cujas deliberações foram chamadas *plebiscita*; os comícios por tribos – *comitia tributa* – e, finalmente, a Lei das XII Tábuas.

É a lei por excelência e tudo quanto dela deriva traz o cunho de *legitimum.*

As leis posteriores nada mais fizeram do que desenvolver o direito das XII Tábuas e cumpre acentuar que, até Justiniano, nenhuma de suas disposições foi objeto de ab-rogação expressa.

O segundo período se inicia por uma reforma da maior importância na organização social de Roma.

Referimo-nos à *Lei Canuléia*, obtida, depois de longo debate, pelo tribuno *Canuleius*, em virtude da qual foi permitido o casamento legítimo entre patrícios e plebeus, dando-se assim o maior passo para a fusão completa das raças e a reunião das duas ordens.

A criação dos *questores*, a quem era confiada a guarda dos tesouros públicos; dos dois *censores*, guarda dos costumes públicos e privados; do *pretor*, a quem competia a administração da justiça, e dos *edis curues*, encarregados da alta polícia da cidade, mostram, bem claramente, como os romanos tinham aptidão para o governo do Estado e como preparavam a evolução do direito.

A lei *Valeria Horatia* havia iniciado o trabalho de dar autoridade ao *Plebiscita* e as leis *Publilia e Hortênsia* deram-na por completo, sendo que esta a assegurou independente mesmo das *auctoritas patrum.*

Octavio, depois da batalha de *Actium*, reuniu em sua mão todos os poderes do estado: tomou os títulos de Imperador e de *Augustus*, e fez-se

proclamar sucessivamente pelo povo e pelo Senado.

O poder *proconsular* lhe conferiu todos os poderes sobre os exércitos do Império; o poder *tribunício* tornou sua pessoa inviolável e deu-lhe o direito de veto sobre todos os magistrados; o poder *censorial* permitia-lhe completar o Senado e proceder à sua apuração, e, como se tudo isto já lhe não bastasse para o seu prestígio, o poder *religioso* investia-o das dignidades de *Máximo Pontífice.*

Depois de Augusto, os mesmos poderes foram outorgados aos seus sucessores, não por partes, como aconteceu ao primeiro Imperador, mas sim, de uma só vez, em virtude da lei renovada a cada sucessão imperial, denominada *lex régia* ou *lex de império.*

Sob o Império são dignas de menção a 2ª lei *Júlia Judiciária* sobre o processo,[10] as leis *Fúria Canina*, *Aelia Sentia* e talvez a *Júnia Norbana* sobre libertação e os senatusconsultos *Veleiano* e *Macedoniano.*

O terceiro período se assinala pela maior culminância do direito. Os senatusconsultos, que, na época anterior, não tinham um caráter imperativo, tomaram, desde *Adriano* até *Sétimo Severo*, uma autoridade decisiva sobre as matérias de direito privado. Entre os mais notáveis podemos citar: o *Tertuliano e Orfiniano* sobre sucessão "*ab intestato*"; o de Sétimo Severo, *oratio Severi*, sobre a alienação de bens dos pupilos, e o de Caracala, *oratio Antonini*, sobre doações entre esposos.

Vieram depois de Adriano as constituições imperiais "*constitutiones principum*".

Deve-se a Adriano o ter procurado fixar e codificar os princípios do direito pretoriano – ramo do *Jus Honorarium*, – confiando a *Salvius Julianos*, um dos mais notáveis jurisconsultos desse tempo, a condensação em um só corpo, de todas as regras publicadas anualmente pelos pretores urbanos.

Desempenhando-se brilhantemente dessa missão, o seu edito foi ratificado por um senatusconsulto e recebeu a denominação de "*edictum Salvi Julianus*", que é o edito *perpetuum* por excelência.

Morto Alexandre Severo, começa o quarto período da nossa classificação, coincidindo com o início do Baixo-Império.

10 A primeira foi de César, a segunda, refundindo a primeira, foi de Augusto.

As guerras civis, as lutas entre os pretendentes ao trono, a desorganização social, enfim, levaram Roma a uma situação deplorável.

Os Imperadores, que se sucediam, procuravam impedir o desmoronamento, mas, a dissolução dos costumes, a ausência de homens, as tentativas de reação, tudo impedia restaurar o antigo esplendor e nada mais obtiveram os governos do que uma ilusória aparência da velha Roma.

Entretanto, lá dos confins da Galiléia, em meio do ruído estrondoso do desmoronamento das velhas crenças, já tinha surgido um novo sol, cuja luz penetrante e vivificadora, partindo dos braços abertos de uma cruz, vinha iluminando a humanidade, vinha enobrecendo-lhe os ideais, purificando-lhe os sentimentos e operando essa imensa revolução social que foi obra do Cristianismo.[11]

Deve-se a *Constantino* a admissão da religião cristã e a transferência da sede do Governo de Roma para Bizâncio, depois chamada Constantinopla.

Encerra este período, que é o da verdadeira decadência do Direito Romano, a publicação do *Código Gregoriano*,[12] e a não ser a luz que irradiou em torno de *Herennius Modestinus*, jurisconsulto brilhantíssimo do começo deste período, e *Gregorius*, autor do aludido Código que o encerrou, Roma teria atravessado setenta e um anos em um perfeito eclipse do seu pensamento jurídico. Os vintes governos imperiais que se sucederam até o advento do Imperador Diocleciano, apenas serviram para fomentar as discórdias religiosas e políticas, levando a sociedade romana a uma situação de tal descrédito, que somente a *fé cristã* seria capaz de ampará-la na queda irremediável.

É certo que com *Diocleciano* a sociedade romana começou a experimentar uma profunda modificação política. Natural da Dalmácia, filho de um escravo, subiu ao trono dos Césares[13] e no ano seguinte insti-

---

11 Sobre a influência do *Cristianismo* no aperfeiçoamento do Direito Roamano veja-se liv. 2º, tít. IV.

12 Vid. Liv. 1º T. V – "*Codificação*" e h. liv. Tít. VIII. *Códigos Gregoriano, Hermogeniano* e *Teodosiano.*

13 Ele mesmo contou que, quando na Bélgica, um druida lhe havia vaticinado que seria o Imperador quando houvesse prostrado um javali: no dia 17 de setembro de 284, parece que pôde conseguir o seu sonho de caçador, porque, nesse dia o filho do escravo Scutari sentava-se no trono que fora ocupado por Marco Aurélio.

tuiu novo governo, revestindo com a púrpura o seu companheiro d'armas *Maximiano*. Em 296 completou o seu sistema político, tomando cada um dos augustos um lugar-tenente, o que coube a *Constantino* e *Galério*, e daqui a chamada *tetrarquia*.

Grande administrador e inimigo implacável do Cristianismo, a sua passagem pelo governo caracterizou-se por uma crueldade sem par contra os adeptos da religião do amor e da caridade. Se as suas reformas administrativas, aliás engenhosas e reveladoras de um espírito de estadista de pulso, puderam, por algum tempo, manter o prestígio da autoridade pública, foram, todavia, causas de lutas sangrentas para a posse do poder supremo.

A não ser a sua organização judiciária – *judícia extraordinária* –, rigorosamente o Direito Romano privado pouco ficou de dever-lhe.

Com o Edito de Milão inaugurou-se uma nova era na vida social, na administração pública e nas relações jurídicas do povo romano. O *edito*, na opinião mesma dos maiores inimigos da Igreja Cristã, é o mais grandioso documento legislativo que um soberano jamais promulgou, porque foram precisos muitos séculos para que a humanidade ouvisse outra vez semelhante linguagem. Momento único na História, o em que pareceu morrer finalmente essa religião do Estado, que, sofrendo a sorte de todas as instituições humanas, se tornara um instrumento inútil e odioso, depois de ter feito durante longos séculos a fortuna de Roma.[14]

O quinto período da nossa classificação caracteriza-se por dois grandes e poderosos elementos no desenvolvimento do Direito Romano: a influência do cristianismo e a obra fecundíssima da codificação que se manifestou nos Códigos *Hermogeniano* e *Teodosiano*, nos arranjos do *Edito de Teodorico*, do *Breviário de Alarico* e da *Lei das Burgúndios*, culminando com os trabalho do Imperador Justiniano.

Como se vê, os cinco períodos da nossa classificação têm, cada qual, uma feição característica, distinguindo-se uns dos outros, sucessivamente, por causas diversas na evolução do Direito.

Assim, o primeiro período termina com a *Lei das XII Tábuas*, o maior monumento do Direito Romano e causa eficiente da formação do *Jus*

---

14 Vide Victor Duruy – *Histórias de Roma* – trad. De Pinheiro Chagas, vol. III, pág. 350 e seguintes.

Civile; o segundo período vai até ao governo do Imperador Adriano, em que encontramos o *Edito Perpétuo de Sálvio Juliano*, a síntese maravilhosa de um dos ramos do *Jus Honorarium*; o terceiro período chega ao Imperador Alexandre Severo, é a época dos maiores jurisconsultos e da fecunda formação científica do Direito; o quarto período é o verdadeiramente da decadência; o quinto, finalmente, é o das grandes codificações e das conquistas de novas idéias religiosas, levando o grande monumento a sua completa cristianização.

Já vimos, de passagem, alguns monumentos jurídicos dentro dos períodos em que apareceram; cumpre-nos, agora, indicar os mais notáveis jurisconsultos, principalmente os que foram consignados na *Lei das Citações*, remetendo o leitor para os Apêndices II e III, onde, mais detalhadamente, encontrará o quadro dos monumentos legislativos de maior importância e os mais notáveis jurisconsultos, com indicação dos seus trabalhos e contribuição para o *Digesto*.

É ainda uma história do Direito Romano a resolver, com exatidão, saber qual o autor da chamada *Lei das Citações*, pois que uns atribuem a Valentiniano III, outros a Teodósio II. Para nós, porém, é Pulcheria a sua autora.[15] Os nove jurisconsultos indicados na referida *Lei das Citações*, em ordem cronológica do aparecimento de cada um, são os seguintes: *Massurius*

---

15 A *Lei das Citações* foi o desdobramento de duas constituições do Imperador Constantino, uma das quais desautorizava as notas de *Paulo* e de *Ulpiano* sobre Papiniano e a outra permitia citar em juízo as demais obras de *Paulo* e particularmente seus *Libri Sententiarum*. A *Lei das Citações* encontra-se no *Codex Theodosianum – de resp. prud.* – L. 1º, T. 4, const. 3 – e é concebida nos seguintes termos:
"*Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani,* atque *Modestini* seripta universa firmanus, it ut *Gaium* quoe *Paulum, Ulpianum* et cunctos comitetur autoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur. Eorum quoque scientiam quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut *Scoevoloe, Sbini, Juliani* atque *Marcelli*, omniunque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir *Papinianus* emineat, qui, ut, singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam *Pauli* atque *Papiniani* corpus factas (sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus."

Sabinus, Salvius Julianus, Gaius, Ulpius Marcellus, Q. Cervidius Scoevola, Emilius Papinianus, Julius Paulus, Domitius Ulpianus e Herennius Modestinus.

Massurius Sabinus, chefe da escola *sabiniana,* de quem lhe veio o nome, apareceu como jurisconsulto de nomeada no tempo de Tibério e, segundo afirma *Pomponius,* só conseguiu aos cinqüenta anos entrar na ordem eqüestre, recebendo, então, o *jus respondendi.* O seu trabalho mais conhecido e freqüentemente citado pelos seus sectários era o denominado *Libri Tres Juris Civillis* que Papiniano, Paulo e Ulpiano comentaram nos livros que traziam os títulos *ex Sabino* e *ad Sabinum.*[16]

Serviam-lhe de guia o *Jus Civile de Quinto Múcio e Pithana* e *Posteriores* de *Labeo.*

Segundo afirma Zimmern e Bethmann-Hollweg, *Sabino* escreveu muitos outros livros de direito, tais como *Liber de Furtis, Libri ad Vitellium, ad Edictum Proetoris Urbani, Libri Adsessoriorium* e, além destes, conforme ensina Huschke, publicou também trabalhos não jurídicos, que se denominavam *Libri Memoralium, Libri Fastorium* e *Commentarii de Indigens.* No tempo de Nero ainda vivia e ensinava, ignorando-se quando e como faleceu. É para admirar que tendo sido um dos mais notáveis jurisconsultos do seu tempo e chefe de uma escola, em cujo seio se encontravam nomes de extraordinário valor, não tivesse o *Digesto* de Justiniano aproveitado diretamente um fragmento qualquer de suas obras, posto seja o seu nome freqüentemente citado pelas referências que dele fazem outros jurisconsultos, como *Áulio Gélio, Aristo, Tufídio, Paulo, Ulpiano,* etc.

---

16 Krüger – *Hist., Litt. e Fontes* – § 21 – pág. 139 –, ensina que a ordem das matérias deste trabalho, era, em suas linhas essenciais, a seguinte: Testamento, juntando a renúncia da herança, *testamentum ruptum* e *injustum,* sucessão *ab intestato* e sucessão dos legados, adoção e emancipação, manumissão *statuliberi* e *operoe libertorum,* tradição com as *leges traditiones,* venda e *leges venditionis* com *duploe stipulatio,* arrendamento *comodato,* sociedade com as ações *familioe erciscundoe* e *communi dividundo,* mandato, dote, tutela, *furtum,* Lei Aquília (injúria) e *damnum infectum,* pagamento e ações em razão de lucro injusto, edito dos edis e *operis novi nuntiatio, estipulação, novação,* obrigações correais, caução, *vadimonium,* estipulações dos escravos, aceitação e venda de herança, interditos *de vi, quod vi aut clam* e *de precario,* conseqüências do dolo e da culpa nas ações reais, *jurisdictio,* aquisição da propriedade e *reivindicatio,* usucapião com o *non usus*: doações, servidões prediais, direitos sobre as águas e passagem das pluviais, leito e margens dos rios, árvores de ramos sobre o vizinho, ação *fiducioe e o postliminium.*

Salvius Julianus, originário de Hadreometa, foi um dos mais considerados jurisconsultos e político de Roma. Foi *Pretor, Cônsul,* duas vezes, membro do *Conselho Imperial,* chegando a *Proefectus Urbi,* cargo que, transformado por Tibério em uma espécie de Chefia de Política da Capital, ganhou, pouco a pouco, atribuições diversas, até reunir toda a administração urbana, como ensina Mommsen.[17]

O grande Pretor foi discípulo de *Javolenus* e revelou-se um magistrado de tal renome e competência que o Imperador Adriano conferiu-lhe a difícil missão de consolidar os *Editos dos Pretores,* obra magistral que recebeu a denominação de *Edicyum Perpetuum Adriani* ou *Juliani.*

A vasta ilustração de *Salvius Julianus* e os seus numerosos trabalhos jurídicos, entre os quais avulta o *Digesto,* em 90 livros, fizeram-no astro de primeira grandeza no estrelado firmamento da literatura jurídica do seu tempo.

A história dos governos dos Imperadores Adriano, Antonino Pio e Marco Aurélio (anos de 117 a 169) está cheio de referências a seu nome. O Imperador Marco Aurélio chamava-o *amici nostri* e *clarissimi viri.*

Além do Digesto e do *Edictum Perpetuum,* escreveu os *Libri ad Ursejum,* os *Libri ad Minucium,* o *Libri Singularis de ambiguitatibus* e várias *responsa.*[18] Invoca muitas vezes os jurisconsultos anteriores, como *Quinto Múcio, Sérvio Sulpício, Labeo, Sabino, Próculo, Pegaso, Nerva,* seu mestre *Javolenus* e até mesmo alguns dos seus contemporâneos, como *Pompônio, Gaio, Meciano. Juliano* contribuiu para o *Digesto* de Justiniano com 457 fragmentos de suas obras.

---

17 *Derecho Público Romano* – pág. 347.

18 O seu livro mais importante foi sem dúvida o *Digesto.* Afirma Krüger – *op. cit.* – pág. 155 – que os primeiros 58 livros do *Digesto* seguem o plano do *Edictum Perpetuum*; o *jus civile* ocupa um grande espaço; a matéria dos fideicomissos enlaça-se também com os legados (liv. 39 e 40). Na segunda parte ocupa-se sobretudo com a Lei Júlia e a lei Pápia (liv. 65-84). Segundo as apreciações do sábio romanista alemão, que vimos reproduzindo, o *Digesto* foi redigido sob Adriano e Antonino Pio. O livro 6 é anterior ao senatusconsulto *Juvenciano* do ano de 129; segundo um texto do *Dig.* – 38, 2, 22, – devemos também admitir que o livro 27 precedeu ao rescrito de Adriano, mencionado nesse texto por Marciano. O livro 40 supõe, pelo contrário, a existência do senatusconsulto *Aproniano* do ano 117 ou 123 (*Dig.* – 36, 1, 28, pr.); o livro 42 a do senatusconsulto *Tertuliano,* sob Adriano (*Dig.* – 40, 5, 47, §1º 4); no 64 cita Juliano um rescrito de Antonino Pio (*Dig.* – 4, 2, 18).

Gaius, cidadão romano, como ele mesmo no-lo diz,[19] viveu talvez mais de setenta anos. Nasceu, provavelmente sob Adriano e, com certeza, faleceu sob Cômodo, entre os anos de 180 a 192.

Seus trabalhos revelam um espírito superior e uma independência a toda prova. Sabiniano, como *Sálvio Juliano*, parece ter sido antes um eminente professor de Direito, do que propriamente um advogado ou causídico. Aquela independência e esta profissão foram, sem dúvida, as causas de não ter recebido o *Jus Respondendi*. Entretanto, o seu merecimento era de tal ordem que, posto não tivesse essa graça dos Imperadores, sob cujo governo viveu e ensinou (Antonino Pio, Marco Aurélio e Cômodo), todavia, impôs o seu alto valor ao autor da *Lei das Citações*, figurando no reduzido número dos jurisconsultos nela indicados e, por exceção, entre os 39 que prestaram subsídios à confecção das *Pandectas*, para as quais concorreu com 536 fragmentos. Escreveu muito, quer sobre o direito público, quer sobre o direito privado. Comentou a *Lei das XII Tábuas*, os *Editos dos Pretores*, os *senatusconsultos Tertuliano e Orficiano*, as *Leis Júlia-Pápia* e *Alícia*.

Entre os melhores trabalhos avultam os didáticos e entre estes merecem especial indicação pela notável autoridade que tiveram ao tempo do seu aparecimento e mesmo em épocas posteriores, os denominados: – *Institutiones*,[20] *Quotidiana*[21] e *Regulae*.[22*]

Nas *Institutiones* encontra-se a célebre tripartição do direito (Comm. 1º, § 8º), concepção genial que tem solicitado a atenção de

---

Juliano aos 78 anos de idade ainda dava *responsa*, uma das quais, transcrita por Pompônio nas suas *Regulae* e levada ao *Digesto* de Justiniano (L. 40, T. 5º, fr. 20), consiga aquela idade quando a resposta foi dada.

19 *Dig*. – L. 50, T. 16, frs. 233, § 2º e 234.

20 As *Institutas* de Gaius, que tanta influência exerceram no ensino do Direito em Roma e serviram de modelo às de Justiniano, estão divididas em quatro *comentários*. O primeiro subdivide-se em 199 parágrafos, – o segundo em 289, – o terceiro em 223 e o quarto em 187. "Nesta obra", diz o distinto Professor de Direito Romano da Universidade de Barcelona – Pou Y Ordinas – *Hist. Ext.* – pág. 239 –, "tudo é admirável: a ordem com que estão enlaçadas as matérias, a clara concisão do estilo, a pureza técnica da linguagem, a penetração com que se resolvem as questões e a severidade com que se expõem as teorias jurídicas."

* As notas 21 e 22 encontram-se na página seguinte.

todos os juristas, antigos e modernos, tais como *Cujacius* que chamava "*Imperitissimi et ineptissimi*" aos que a censuravam e o nosso Teixeira de Freitas que atribui a esta fase o valor de uma "*veneração supersticiosa*". Não obstante o decurso de mais de mil, setecentos e vinte e cinco anos do aparecimento desta concepção, a classificação das matérias do Direito Civil ainda não está definitivamente feita e a criada pelo grande Mestre paira no espírito dos civilistas como a mais clara, embora sendo a mais concisa.[23]

O *Breviário de Alarico* compendiou grande parte desse precioso livro, mas truncou-o de tal forma que, aí, encontramo-lo quase inteiramente desfigurado. Felizmente, porém, em 1816, *Niebhur* descobriu, na Biblioteca da Catedral de Verona, um manuscrito antiquíssimo, talvez dos fins do V ou começo do VI século, sob a forma de *Palimpsesto (pergaminho de que se raspou o que havia escrito, para escrever coisa diferente),* o qual reconhecido por Savigny, foi submetido a operações químicas que fizeram reaparecer a primitiva escritura e as *Institutas* do eminente Mestre. Este manuscrito constava originalmente de 129 folhas quadradas, escritas de ambos os lados, ou sejam 258 páginas, e embora se não tivesse obtido, pelos processos químicos empregados, o restabelecimento integral do texto, as lacunas foram, por outros subsídios, quase todas supridas, havendo hoje várias edições deste monumental trabalho, entre as quais, uma que, sob a denominação de *Apógrafo,* publicada em Leipzig, em 1874, é, por assim dizer, o texto fiel do monumento.

21 As *Quotidianoe* ou *Res Quotidianoe* eram divididas em sete livros, parecendo adotar o mesmo critério das *Institutas* na ordem e desenvolvimento das matérias. Conhecem-se três livros deste trabalho, ocupando-se o 1ºda manumissão (*ad personas pertinet*), o 2º das coisas, sua divisão, modo de adquirir e contratos sobre elas (*ad res*) e o 3º dos delitos, quase-delitos e quase-contratos (*ad actiones*). Dos demais livros não há notícia senão pelas citações feitas por jurisconsultos posteriores. Às *Quotidianoe* davam os juristas do século VI a denominação também de *Áurea,* pois, vemos na Constituição de Justiniano que confirmou as *Institutas* (*Imperatorium majestatem – Proemium – §6º*) invocar-se a autoridade *tam Institutionum quam rerum cottidianarum,* e no *Digesto* (L. 1º, T. 8º, fr. 5º e L. 7º, T. 1º, fr. 3º) dizer-se que os excertos transladados vinham do *lib. 2 – Rerum cottidianarum vel aureorum.*

22 As *Reguloe* ou *Liber singularis regularum* eram divididas em três partes e foram escritas depois das *Institutas.* A divisão em três partes obedecia ao mesmo critério *ad personas, res et actiones* e tudo faz crer que este livro tinha por fim completar a teoria geral do direito esboçada nas *Institutas.*

23 Vide B. L. 2º, Tít. 1º – "Tríplice objeto do Direito. Exame da noção de Gaius e sua influência na codificação civil de todos os povos."

Outro jurisconsulto de grande nomeada e contemporâneo de *Gaius*, foi o de nome *Ulpius Marcellus*, que, segundo ele próprio dá a entender,[24] fez parte do *Conselho Imperial*, sob Antonino Pio e Marco Aurélio, razão pela qual os seus escritos citam freqüentemente rescritos e constituições imperiais e até os ofereça para fundamento da discussão, muitas vezes impugnados, com vigor de linguagem e grande erudição, as doutrinas vencedoras na reunião imperial.

Nos seus trabalhos nota-se sempre o critério de estudar as questões sob o duplo aspecto: do princípio geral e filosófico e do fato concreto, submetido a sua apreciação. Escreveu vários comentários de leis antigas, tais como os seus seis livros *ad legen Juliam et Papiam*, as *Notoe* sobre os *Digestos de Sálvio Juliano* e sobre as *Reguloe* de *Pompônio.* Além disto, colecionou em um livro as suas *Responsa* e vários romanistas afirmam que fez também um tratado *de officio consulis* e *de officio proesidis.*

O seu melhor trabalho, porém, foi a obra em trinta e um livros, denominada *Digesta*, largamente consultada e comentada por *Q. Cervídio Scoevola* e *Domício Ulpiano*, e citada por *Marciano, Paulo, Modestino* e outros.

O *Digesto* de Justiniano contém 158 fragmentos de suas obras.

Q. Cervidius Scoevola figurou brilhantemente no tempo de Marco Aurélio, de quem foi um dos mais dedicados conselheiros em questões de direito, que ele encarava sempre sob um ponto de vista científico. Iniciou a publicação de seus trabalhos com dois comentários sobre os *Digesta* de *Sálvio Juliano* e *Úlpio Marcelo*, passando, logo depois, a escrever a sua obra original, em quarenta livros, à qual, como os seus predecessores, deu também o nome de *Digesta.*

Além destes trabalhos, escreveu *Responsa*, muitas das quais em língua grega e sobre negócios provinciais, o que leva muitos historiadores da literatura jurídica dos romanos a afirmar que ele viveu muito tempo

---

24 Nas *Pandectas* – L. 28, T. 4º, fr. 3º – relata Marcelo a discussão em que tomou parte, na presença de Antonino, sobre o cancelamento de nomes de herdeiros instituídos em testamento, discussão na qual tomaram também parte *Vívio Eno, Cornélio Prisciano, Calfúrnio Longino*, etc.

em alguma província, especialmente do Oriente. Krüger,[25] porém, diz que o fato de ser consultado de tão longe em língua estranha e dar respostas na mesma língua, apenas prova que era ele um dos jurisconsultos de mais renome de seu tempo.

São também de sua lavra *Questiones*, em vinte livros; as *Reguloe*, em quatro; as *Questiones Publicoe Tractatoe*, em um, e o *Liber singularis de questiones familioe*. O Imperador Sétimo Severo e o grande *Papiniano* foram seus discípulos. O *Digesto* contém trezentos e sete fragmentos seus.

Aemilius Papinianus, chamado o *Príncipe dos Jurisconsultos Romanos*, nasceu na Síria no ano de 144, sob Antonino Pio, faleceu em 212, sob Caracala, vivendo, portanto, 68 anos, embora alguns historiadores digam haver morrido na flor da idade.

Amigo e condiscípulo de Sétimo Severo, recebeu deste a difícil incumbência de velar pela concórdia entre *Geta* e *Caracala* filhos daquele Imperador. Percorreu toda a escala dos cargos públicos e o seu nome, o primeiro indicado na *Lei das Citações*, encheu a história de seu tempo e honrou, pelo caráter viril e pelo profundo saber, as gloriosas tradições dos grandes cidadãos romanos.

Espírito dotado de uma penetração agudíssima, abordou e resolveu os problemas mais difíceis de direito que foram submetidos a sua apreciação.

Espartianus[26] chamou-o – *juris asylum et doctrinoe legalis thesaurus* – e Cujácio[27] desejava levantar-lhe altares, dizendo: *si jus piumque christianis esset, illius aram opima imbueret hostia.*

Os seus trabalhos mais reputados foram as *Questiones*, em trinta e sete livros, escritas no fim do século 2º; as *Responsa*, em dezenove livros, compostas na primeira década do século 3º; as *Definitiones*, em dois livros, que foram organizados em época incerta; dois tratados de *adulteriis*, sendo um em dois livros e outro em um e, finalmente, os

---

25 *Op.* et loc. cit.

26 *Severo* –, 21, – Maynz – *op. cit.* – vol. 1º, n. 195, not. 54.

27 *Papinianus – Proemium,* – Pou Y Ordinas – *op. cit.*, pág. 241.

Quattuorviri viis in urbe purgandis, trabalho escrito em língua grega, em que tratava das funções dos edis encarregados da polícia das ruas que, depois, passaram àquelas.

Profundo conhecedor da literatura jurídica romana, Papiniano citava a *Q. Múcio, Sérvio Sulpício, Antistius, Labeo, Massúrio Sabino, Cássio Longino, M. Cocceio, Nerva, Tício Aristo* e muitos outros, parecendo, porém, que o seu autor favorito era o grande *Sálvio Julianus.*

A predominância da sua opinião sobre a dos demais jurisconsultos era um fato que se não discutia e foi por isso que Constantino recusou autoridade às notas de *Paulo* e *Ulpiano* sobre os trabalhos de *Papiniano* e a *Lei das Citações* mandava que no caso de empate entre as opiniões dos jurisconsultos, prevalecesse a de *Papiniano.*

Um traço assinalado do seu caráter e da correção com que exercia a nobilíssima função de advogado está na recusa feita a Caracala de produzir no Senado a defesa do Imperador assassino do seu próprio irmão (Geta),[28] recusa que custou-lhe a vida, mas, que ainda serviu para sugerir-lhe uma regra de moral no exercício da profissão.

Dizem os historiadores que o primeiro convite para o patrocínio da causa, *Papiniano* respondera – : "*Non tam facile est parricidium excusari quam fieri*" – e que, insistindo novamente o Imperador, o grande jurisconsulto acrescentará: – "*Aliud parricidium est accusare innocentem occisum*".

---

28 A história deste assassinato é a página mais negra da vida de Caracala; era impossível que o grande jurisconsulto prestasse a sua palavra à defesa do nefando crime.
Sétimo Severo, ou porque tivesse a previsão do futuro, ou porque bem conhecesse a maldade de seu filho, tudo fez para manter a boa inteligência entre ele e o irmão mais moço. Havia anualmente uma festa denominada *filadélfia* para celebrar a *amizade fraterna*, foram cunhadas medalhas com as efígies dos dois irmãos dando-se as mãos, tendo a legenda – *Perpétua Concórdia.* – Caracala, porém, era um Caim sanguinário, e um dia, atraindo Geta ao quarto de sua própria Mãe, sob o pretexto de uma reconciliação, matou-o nos braços de Júlia, que também teve o seu quinhão de sangue e golpes. Perante os seus soldados procurava justificar o crime hediondo, invocando o exemplo de Rômulo e Remo. É que os maus e injustos encontram sempre pretextos para amparar a crueldade e a injustiça.

Além dos quinhentos e noventa e seis fragmentos por ele fornecidos às *Pandectas,* encontra-se nos *Fragmentia Vaticana,* no *Breviarium Alaricianum* e na *Lex Borgundionum* grande cópia de trabalhos de *Papiniano,* sendo até para notar que, devido a um erro de Cujácio, a *Lei dos Borgúndios* é também chamada *Papiniani Liber Responsorum.*[29]

Julius Paulus, contemporâneo de *Papiniano* e de *Ulpianus,* foi o elo que uniu este àquele, na cadeia preciosa dos mais notáveis jurisconsultos da época clássica. Não é conhecida a sua origem, embora a cidade de Pádua reclame a honra de lhe ter servido de berço. Sabe-se, porém, que figurou como astro de primeira grandeza no firmamento jurídico, desde 184 a 222, ao tempo dos Imperadores Cômodo, Pertinax, Didius Julianus, Sétimo Severo, Caracala, Macrino, Heliogábalo e Alexandre Severo.

Produziu trezentos e cinco obras diversas, subdivididas em uma infinidade de livros.

Comentou os trabalhos de *Labeo, Alfeno, Sabino, Cássio Longino, Próculo, Sálvio Juliano e Pompônio.* Escreveu setenta e oito livros sobre o *Edito,* obra de largo fôlego, que depois reduziu a vinte e três livros, sob a denominação de *Breve Edictum.* Elaborou vários tratados sobre institutos de Direito Privado; esclareceu a doutrina sobre várias leis e senatusconsultos; escreveu as *Questiones,* as *Institutiones, as Reguloe,* as célebres *Setentioe Receptoe,* trabalhos de altíssimo valor, que lhe valeram para ser chamado "*Vir Prudentissimus*" pelo Imperador Diocleciano.

O *Digesto* contém dois mil e oitenta e sete fragmentos de suas obras.[30]

Domitius Ulpianus, natural da Fenícia, nasceu, talvez, sob Cômodo e faleceu, assassinado pelos guardas pretorianos, no ano de 228, ainda no vigor da idade.

Amigo de Alexandre Severo, exerceu sob este Imperador a mais decisiva e benéfica influência, tendo ocupado todos os cargos administrati-

---

29 Vide L. 2º, T. I – "Edictum Theodoricci. Breviarium Alaricianum. Lex Borgundionum. Basílicas. Novellae Leonis". que trata deste jurisconsulto.

30 Vide o excelente capítulo da *obra cit.* de Krüger em que trata deste jurisconsulto (§ 26).

vos da maior responsabilidade e gozado sempre da confiança do monarca. Como jurisconsulto é considerado o imediato a *Papiniano.*

Seus trabalhos foram produzidos principalmente entre os anos de 194 a 217.

Escreveu duzentos e oitenta obras de Direito, entre as quais consagram-no verdadeira sumidade os comentários: ao *Edictum,* aos trabalhos de *Sabino, Marcelo Ulpiano* e *Papiniano,* as grandes obras *Questiones, Responsa, Reguloe, Disputationes* e uma infinidade de monografias sobre questões de direito público e privado.

A elegância de sua linguagem e o cunho acentuado de ciência que procurava dar ao Direito em seus trabalhos, outorgaram-lhe um a ascendência extraordinária sobre o espírito dos grandes pesquisadores das escolas de Pávia, Ravena e Bolonha. Nada escapou à sua brilhante e privilegiada inteligência; o Direito não tinha segredos que ele não procurasse desvendar.

Foi *magister libellorum* ao tempo de Alexandre Severo e membro de seu conselho, ocupando sucessivamente os altos cargos de *Proefectus Annonoe, Praefectus Proetorio,* perecendo que foi do exercício das funções deste último lugar que lhe adveio a animosidade de seus companheiros e má vontade do exército, a cujas pretensões de mando ele opunha tenaz resistência, chegando a descobrir a conspiração das coortes para assassiná-lo e a punir com a morte dois colegas de Prefeitura e seus cúmplices. Isto deu lugar a um formidável tumulto, ao qual não escapou o grande jurisconsulto, não obstante se haver refugiado no palácio imperial, cujas portas foram forçadas pelos soldados para apunhalá-lo diante de *Alexandre Severo,* que não conseguiu dominar a cólera dos seus perseguidores, embora tivesse coberto o corpo do amigo com a púrpura imperial.

O *Digesto* de Justiniano contém dois mil, quatrocentos e sessenta e um fragmentos das obras de *Ulpiano,* o que quer dizer quase um terço de toda a compilação.

Herennius Modestinus foi seu discípulo e o último jurisconsulto da época clássica e dos indicados na *Lei das Citações.*

Muitos historiadores dizem que o notável jurisconsulto era de nacionalidade grega, talvez por conhecer profundamente a língua de Aris-

tóteles, em que escreveu vários trabalhos. Seu nome começou a aparecer no cenário jurídico depois do ano de 215, no governo da Caracala, mas, sua grande nomeada coincidiu exatamente com o assassinato do seu mestre, indo até ao ano de 242, sob o Imperador *Gordiano III.*

Suas obras, não tão numerosas quanto a de seu mestre, revelam acentuada competência, segurança nos princípios, pureza de estilo e sobretudo uma precisão admirável nas definições.

Escreveu *Responsa, De Excusationibus, Pandecta, Regulioe, De Differentioe,* além de várias monografias, tais como: *De Poenis, De Proescriptionibus, De Fideicommissis et Legalis,* etc. etc.

Os seus autores prediletos eram *Ulpiano* e *Paulo,* embora conhecesse *Mucio Scoevola, Pompônio* e *Sálvio Juliano,* cujos trabalhos cita várias vezes.

Foi *Proefectus Vigilium* entre os anos de 226 a 240, tendo sido mestre de direito de *Maximino,* o jovem. Contribuiu para o *Digesto* com trezentos e quarenta e cinco fragmentos de sua lavra.

São estes os nove jurisconsultos indicados na Lei das Citações. Mas, muitos outros notáveis devem ter uma referência especial, à qual não nos escusamos, porque seria injustiça da nossa história esquecer os nomes desses extraordinários propulsores da civilização jurídica da humanidade.

Servius Sulpicius Rufus, senador, cônsul, amigo intimo de Cícero, figura eminente ao tempo do primeiro triunvirato, foi um dos jurisconsultos mais notáveis de sua época.

Conta *Pompônio*[31] que a ciência jurídica de *Servius Sulpicius* proveio de uma censura que lhe fizera *Quinto Múcio* pelo fato de, sendo o

---

31 *Dig.* – loc.cit. – § 43. – "*Servius cum in causis orandis* primum locum, aut pro certo post *Marcum Tullium* obtineret, fraditur ad consulendum *Quintum, Mucium* de re amici sui pervenisse, cumque eum sibi respondisse de jure Servius parum intellexisset, iterum Quintum interogasse, et Quinto Múcio responsum esse nec tamen percepisse, et ita objurgatum esse a Quinto Múcio: nam cum dixisse, '*turpe esse patricio, et nobili, et causas oranti, jus, in quo versaretur, ignoraroe*' ea velut contumelia Servius tractatus, operam dedit juri civili: et plurimum eos, de quibus locuti sumus, audiit, institutus a *Balbo Lucilio,* instructus autem máxime a *Gallo Aquilio,* qui fuit Cercinae." (Vide Apêndice I.)

primeiro orador depois de Cícero, ignorar o Direito, o que fê-lo envergonhar-se e procurar as lições de *Balbo Lucílio* e *Galo Aquílio.*

Conhecedor profundo da filosofia helênica, dispondo de palavra elegante e grande vigor dialético, pôs estas superiores qualidades de espírito ao serviço do Direito, escrevendo obras de acentuado valor e tendo discípulos que, mais tarde, honraram-lhe o nome, tais como *Alfenus Varo* e *Aulo Ofílio.*[32]

Entre suas obras, citam, com freqüência, os jurisconsutlos posteriores e os romanistas modernos, as seguintes, cujos títulos foram conservados: *Reprehensa Scoevola capita,* comumente chamada *Notata Muciis, De Dotibus, Ad Brutum* e *De Sacris detestandis.*[33] Operosíssimo e tendo obtido em pouco tempo vantajosa reputação de jurista, era consultado freqüentemente e as suas *Responsa* atestam, segundo *Cícero,* a elegância e a facilidade de seu estilo.

Antistius Labeo, nascido provavelmente no crepúsculo da República, estudou direito com Trebácio e com seu próprio pai,[34] os quais foram discípulos de *Sérvio Sulpício.*

Senador com menos de 30 anos de idade, *Labeo* revelou-se, desde logo, um espírito superior, um artista da palavra e um trabalhador incansável. Verdadeiro gênio jurídico, foi o iniciador da reação filosófica contra o tradicionalismo impenetrável, que vinha dificultando a expansão e fatal evolução do Direito Romano.

Assegura *Pompônio* que ele tinha o hábito de passar seis messes de cada ano no centro da cidade, ensinando aos seus numerosos discípulos, e outros seis meses no campo, escrevendo suas preciosas obras.

Ainda, segundo o testemunho de *Pompônio,* deixou *Labeo* quatrocentas obras diversas sobre Direito (*quatriginta),* número que Cujácio

---

32 Além destes, Pompônio cita mais os seguintes: Tito Césio, Aufídio Tuca, Aufídio Namusa, Flávio Prisco, Caio Ateio Pacúrio, Labeo, pai de Autistius Labeo, Cina e Publício Gélio.

33 Vid. Krüger – *op. cit.* – pág. 62 – § 9.

34 De igual nome, revolucionário e companheiro de *Bruto* e *Cássio* na célebre conjuração contra *César* e morto em Filipos por mãos de um seu escravo a quem havia manumitido, quando combatia contra o triunvirato.

reduz a *quarenta (quadraginta)*, atribuindo erro de cópia nas expressões "*itaque reliquit quadringita volumina*".

Conhecem-se, de sua lavra, pelas citações dos jurisconsultos posteriores, as seguintes obras: *De jure Pontificio, Ad XII Tabulas Commentarii, Espistuloe, Responsa, Ad Proetoris Edictum, Pithana* e *Posteriores*, sendo que esta, como o próprio nome indica, continha trabalhos que ainda não haviam sido sistematizados em vida do emitente jurista-filósofo, dos quais *Javoleno* fez um resumo e sobre os quais escreveram comentários, entre outros, o grande *Próculo* e *Aristo.*

Fundador da escola de juristas que mais tarde recebeu o nome de *Proculiana, Labeo* exerceu preponderante influência na evolução do Direito Romano e foi, por assim dizer, o percussor do prodigioso desenvolvimento científico que se operou na época posterior e o causador da criação, por *Augusto*, do chamado *jus respondendi*, elemento vigoríssimo da cultura intensiva do Direito.[35]

O *Digesto* de Justianiano contém sessenta e quatro fragmentos de suas obras.

Contemporâneo de *Labeo* foi *Ateius Capito*, jurisconsulto de grande erudição, amigo íntimo de Augusto e inimigo declarado do autor da *Pithana*. O seu merecimento intelectual parece que não corria parelha com o seu caráter.

Tácito chamava-o – *"humani divinique juris sciens"*, Macróbio – *"pontificii juris inter primos peritus"* e Aulo Gélio – "*publici privatique juris pertissimus*", embora o mesmo Tácito acrescentasse que – "*Capito insignitior infamia fuit... et bonas domi artes dehonestavisset*".[36]

Ocupou papel saliente no tempo de Augusto, exercendo as funções de Cônsul, e no tempo de Tibério era um dos conselheiros do Imperador e grande influência teve em muitos atos do sucessor de Augusto.

---

35 Não podemos concordar com as observações do preclaro G. Ferrero – *Grand. e Decad. de Roma* – vol. VI. – *Augusto* e o *Grande Imperador* – Cap. IV. "*Hoec est Italia diis sacra*" quando contesta a criação do *jus respondendi* pelo 1º imperador, atribuindo-a à época posterior. (Vide a parte, que se segue, relativa a *Escolas e Controvérsias.*).

36 *Annales*, Liv. 3º, nº 70, *in fine* – "*Capito insignitior infamia fuit quod, humuni divinique juris sciens, egregium publicum et bonas domi artes dehonestavisset.*"

A sua reputação de jurisconsulto fez-se principalmente pelos profundos conhecimentos que revelava do *jus pontificium*, sendo notáveis os seus trabalhos denominados *De Pontificio Jure, De Officio Senatorio*, nos quais se ocupava principalmente de matérias de direito público, e as *Conjectanea*, que tratavam de várias questões de direito privado.

Fundador da *Escola Sabiniana*, a sua nomeada parece antes provir dos seus sectários, entre os quais encontram-se jurisconsultos da estatura de *Massurius, Sabinus, Cassius Longinus, Javolenos* e *Sálvio Julianus* do que propriamente do valor de suas obras.

Segundo refere Tácito[37] figurou no tempo de Tibério um jurisconsulto de grande mérito – *cum legum peritia* – chamado *Cocceios Nerva*, cujos trabalhos são conhecidos pelas citações dos jurisconsultos posteriores. Parece que a sua reputação como grande jurisconsulto firmou-se pelo fato de se ter deixado morrer de fome, para não assistir às desgraças do Império, e de ter sido avô do Imperador Nerva, antecessor de Trajano (anos de 96 a 98).[38] Seu filho, de igual nome, escreveu *libri usucapionibus*, segundo indicam *Papiniano* e *Ulpiano* quando tinha 17 anos de idade, ou pouco mais.[39]

Nerva, sênior, teve como contemporâneo o célebre *Próculo*, o mais considerado discípulo de escola de *Labeo*, cujo nome serviu para designar os adeptos das doutrinas do adversário de *Capito*, os quais, do seu

---

37 *Ann.* – L. IV, nº 58 – "Profectio arto comitatu fuit: unus senator consulatu functus Cocceius Nerva, cui legum peritia..."

38 Tácito – *op. cit.* – L. VI – nº 26 – "Haud multo post Cocceius Nerva, continuus principis, omnis divini humanique juris sciens, integro statu, corpore ilaeso, moriendi consilium cepit. Quod ut Tiberio cognitum, asidere, causas requirere, addere preces, fateri postremo grave conscientiae, grave famoe suae, si proximus amicorum, nullis moriendi rationibus, vitam fugeret. Aversatus sermonem Nerva abstiinentiam sibi conjunxit. Ferebat gnari cogitationum ejus, quanto propius mala reipublicae viseret, ira et metu, dum integer, dum intentatus, honestum finem voluisse."

* Ulpianus – *Dig.* – *de postulando* – L. 3º, T. 1, fr. 1º, § 3º – "Pueritiam, dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, porohibet postulare: quia moderatam hanc oetatem ratus est ad procedendum in plubicum: qua oetate, aut Paulo majore fertur Nerva filius est publice de jure responsitasse."

39 Papinianus – *Dig.* – *de adquir. vel emitt, posses.* – L. 41, T. 2º, fr. 47 – "...idque *Nerva filius libris de usucapionibus retulit.*"

aparecimento em diante, foram chamados *Proculeiani.* Era um espírito superior e através de seus escritos bem se percebem a sua larga cultura filosófica e a extremada dedicação à memória do seu insigne mestre.

Conhecem-se de sua lavra algumas obras de subido valor, entre as quais os *Comentários* sobre *Labeo*, as *Epistulae* e *Questiones* revelam um belo talento e fecundo reformador do direito tradicional. Pelos seus trabalhos verifica-se que deverá ter sido, ao mesmo tempo, reputado professor de Direito e advogado de vantajosa nomeada. Exposição clara, conhecimento perfeito das doutrinas dos seus predecessores e uma tendência particular do espírito para dar às questões soluções eqüitativas, constituíam os característicos fundamentais das suas *responsa* e foi, provavelmente, devido a estes predicados que, em torno de seu nome, se formou um grupo de notáveis admiradores, entre os quais, no correr dos tempos, se encontravam homens de subido valor nas letras jurídicas. Além de *Labeo*, parece que o seu autor predileto era *Trebatius* e isto, naturalmente, porque este fora o mestre daquele e o espírito que animou as arrojadas concepções do chefe de sua escola. As *Pandectas* registram trinta e sete fragmentos de seus trabalhos.

Cassisus Longinus, oriundo de uma família de juristas e de revolucionários, neto de *Quitntus Aelius Tuberon* e bisneto de *Servius Sulpucios,* percorreu a escala das grandes dignidades reservadas aos cidadãos romanos. Na flor da idade foi Pretor Urbano, Procônsul da Ásia, Legado na Síria e Cônsul no tempo de Tibério, sempre reputado verdadeiro gênio que eclipsava todos os romanos do seu tempo pelo profundo conhecimento que tinha das leis, como afirma Tácito.[40]

Vítima de inveja e das injustiças dos homens, sofreu, com resignação, perseguições constantes, sem que jamais fizessem-lhe dobrar a cerviz.

Sob Calígula, quando Procônsul da Ásia, quis o Imperador tirar-lhe a vida, e o pretexto arranjado para justificar o assassinato e não provocar a cólera popular foi o de que, consultado um oráculo, este respondera "*ut sibi a Caius caveret*". Salvou-o da morte o punhal de Quéreas suprimindo a vida do feroz proprietário do *Senador Incitatus.*

Sob Nero foi deportado para a Sardenha e teve a exílio decretado no mesmo senatusconsulto em que *Silanus* era mandado para o desterro, em

---

40 *Anais* – L. XII, nº XII – "*E a tempestate Cassius ceteros proeminebat peritia legun...*"

Ostia e, depois para *Naxos*. Quis o déspota ferir, de um só golpe, o natural orgulho e a honra do eminente jurisconsulto. Imputou-lhe como crime o ter na galeria dos retratos dos seus antepassados a figura de seu avô *Cássio*, um dos conjurados no assassinato de César, com a inscrição – "*Dux Partium*" –, o que no entender do filho de *Agripina*, constituía um gérmen de sublevação dos espíritos contra a família dos *Césares*. Imputou, no mesmo ato, a *Silanus*, o nobre mancebo admirado pela sua altíssima moralidade, o viver em incesto com *Lépida*, sua tia e digna consorte do grande jurisconsulto.[41]

Chegando no desterro, foi chamado a Roma, pelo Imperador Vespasiano, e aí morreu, cercado do respeito e da admiração dos seus contemporâneos.

Numerosos foram os trabalhos jurídicos que produziu e entre eles destacam-se os *Libri Juris Civilis*, largamente comentados por *Priscus Javolenos*, o prudente de maior nota do tempo de Trajano e preclaríssimo professor de *Salvius Julianus*.

Discípulo de *Massurius Sabinus*, foi *Cassius Longinus* um dos mais esforçados vulgarizadoras das idéias da *Escola Sabiniana*, cabendo-lhe, por isso, a honra de também dar o seu nome à seita fundada por *Capito*, que, muitas vezes, é chamada *Escola Cassiana*.

Pegasus foi outro notável jurisconsulto que figurou brilhantemente no tempo do Imperador Vespasiano, tendo exercido as funções de *Proefectus urbs*.

Embora não se conheçam os nomes dados aos seus trabalhos, todavia, pode afirmar-se que foram numerosos e de grande relevo, pois, suas opiniões são freqüentemente citadas por jurisconsultos de nota, de épocas posteriores, e o seu nome também serviu para designar a seita de *Labeo*, que era chamada *Proculiana* e as vezes também *Pegasiana*. Parece ter sido Cônsul com *Pusione*, porque encontramos nas *Institutas* de Gaius[42] duas referências ao *Senatusconsulto Pegasiano*, que foi obtido sob proposta sua, com designação das funções que exercia o nosso jurisconsulto.

---

41 Tácito – *Arm.* – L. XVI, nos VII, VIII e IX.

42 *Coments.* 1º, § 31, e 2, § 254.

Priscus Javolenos,[43] sucessor de Célio Sabino e contemporâneo de Titius Aristo, foi encarregado pelo Imperador Domiciano, sucessivamente, do governo das províncias de Bretanha e da Germânia superior e do Proconsulado da África.

Professor do grande Salvius Julianus, foi um dos mais esforçados defensores da escola sabiniana, do que lhe veio grande reputação e obteve do Imperador (Nerva ou Trajano?) a graça do *jus respondendi*. Espírito fecundo e freqüentemente consultado, escreveu grande número de *responsa* e *questiones*, as quais resumiu e compendiou em 14 livros, sob a denominação de *Epistulae*. Fez comentários sobre trabalhos de Massurius Sabinus, de Celius Sabinus, a quem sucedeu na chefia de Cassius Longinus e sobre o *Edictum Plautii*.

Não obstante adversário da *escola Proeculiana,* os trabalhos de Labeo chamaram-lhe a atenção, fazendo comentários às *Posterioris*, resumidos em duas obras que se distinguem pelos títulos e não pelo objeto de que tratam.

As *Pandectas,* para estabelecerem a diferença entre as duas obras, denominam uma – "*Labeo libro*" – *posteriorum a Jacvoleno epitomjatorum*" –, e a outra – "*Javolenus libro – ex posterioribus* (ou *posteriorum Laboenis*"). Parece, por isso, que tais denominações eram as das referidas obras e que Tribonianus e seus auxiliares nada mais fizeram do que consigná-las como eram de fato.[44] O *Digesto* contém duzentos e seis fragmentos de seus trabalhos.

Contemporâneos de Javolenus, posto que mais moços, foram Titius Aristo e Publius Juventius Celsus, que tiveram grande nomeada no tempo do Imperador Trajano.

Aristo, homem de vasta erudição, pelo que se tornou um dos mais íntimos amigos de Plínio, o moço, fez parte do Conselho de Trajano e adquiriu extraordinário prestígio como advogado. Escreveu várias obras, sendo muito consideradas as suas notas e comentários às *Posteriores* de Labeo, ao *Jus Civile* de Sabino e de Cássio Longino e um largo comentário

43 Segundo Krüger o seu nome completo era – C. (ou L.) Octavius Tidius Tossianus Javolenos Priscus, mas, é sempre chamado simplesmente Javolenos.

44 Veja-se A. Pernice – *Labeo* – 1, 81 – e Krüger – loc. cit. Pág. 151.

de *ad Ventellium*. Os jurisconsultos posteriores aludem também às suas *Sententioe* e *Espistuloe*.

Publius Juventius Celsus, comumente chamado Celsus Filho, exerceu, sob Trajano, as funções de pretor, legado na Trácia e cônsul; fez parte do Conselho de Adriano, sob cujo governo foi novamente cônsul (129).

É sabido que Trajano e seu sobrinho Adriano foram os dois Imperadores que, interrompendo a série de déspotas no governo e pondo fim às delações e acusações de lesa-majestade, deram lugar a que os homens de real merecimento se aproximassem do trono como que atraídos pelo esplendor da inteligência e pela dignidade das virtudes. Basta lembrar Tácito, o grande historiador, e Plínio, o moço, o primoroso estilista, aquele nos deliciando com o *Diálogo dos Oradores*, e este nos encantando com as belezas do *Panegírico de Trajano*, para compreender como Roma viveu intelectualmente nesse tempo e qual deverá ser o merecimento de Juventius Celsus, filho, para fazer parte do seleto *Conselho do Imperador.*

As obras de Celsius larga influência exerceram no desenvolvimento do Direito. Escreveu – *Commentarii, Questiones* e *Digesta*, que, em grande parte,[45] se ocupavam do *Jus Honorarium*, mostrando, assim, tratar-se, ao mesmo tempo, de um grande jurisconsulto e notável Magistrado. Tornou-se célebre a sua resposta irritando à consulta que lhe fizera o seu amigo Domitius Labeo sobre o número de testemunhas para o testamento escrito e assinado a rogo do testador, resposta em que dizia que *ou não entendia a consulta, ou esta era muito néscia.*[46] É de sua pena a conhecida definição de Direito – *ars boni et oequi,* que Ulpiano diz ter sido dada elegantemente. O *Digesto* contém cento e quarenta e dois fragmentos de suas obras.

Neratius Priscus, que conseguiu grande reputação de jurista e foi um dos chefes dos *Proculianos*, ocupou o Consulado ao tempo do Imperador Trajano e fez parte do Conselho, como do de Adriano.

---

45 Pelo menos 27 livros, segundo Krüger – loc. cit. pág. 153.

46 *Dig. – qui test. Facere possunt* – L. 28, T. 1º, fr. 27 – "*Domitius Labeo, Celso suo salutem. Quoero, na testium numero habendus sit is qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit? Juventius Celsus, Labeoni suo salutem. Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua: plus enim, quam ridiculum est dubitare, an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabula testamenti scripserit.*"

Suas obras mais notáveis e que merecem a distinção de servir de fonte ao *Digesto*, que registra sessenta e quatro fragmentos delas, denominavam-se *Reguloe, Responsa* e *Membranoe.*

Julius Paulus escreveu quatro livros *ad Neratium*, não se sabendo, porém, qual a obra que serviu para os comentários. Por citações feitas nas *Pandectas* sabemos que Neratius comentou Plautius[47] e escreveu *Epistuloe*[48] e um *liber de nuptiis.*[49]

Sextus Cornilius Africanus foi outro notável jurisconsulto do tempo de Salvius Julianus, que forneceu ao *Digesto* cento e trinta e um fragmentos. Escreveu *Quoestiones, Responsa* e provavelmente *Epistuloe*, pois, vemos Ulpiano dizer no *Digesto*[50] "*Africanus libro XX espistulatum apud Julianum quoerit*".

No tempo do Imperador Antonino Pio figuraram quatro jurisconsultos de justa reputação: *Sextus Pomponius, Terentius Clemens, Juvenius Mauricianus* e *Volusius Moecianus,* dos quais *Clemens* forneceu ao direito trinta e cinco fragmentos, *Mauricianus* quatro e *Moecianus* quarenta e quatro.

Destes, porém, o de maior reputação foi sem dúvida *Pomponius*, que contribuiu com quinhentos e oitenta e oito fragmentos, entre os quais o do L. 1º, T. 2º, – *de origine juris* – que está no Apêndice I, no original latino e em tradução, e tem sido tantas vezes invocado.

Considerado o escritor mais fecundo do 2º século da era Cristã, começou a aparecer como jurista no governo de Adriano, indo até o de Marco Aurélio.

Os seus principais trabalhos foram: *Liber Singularis Enchiriddi*, de onde foi extraído aquele fragmento célebre; *Ex Sabino*, em trinta e cinco livros, pelo menos; *Ad Q. Mucium*, em trinta e nove livros. Estas duas obras tinham por objeto o *Jus Civile* e, posto a segunda se denominasse *Ad Q. Mucium*, no desenvolvimento do trabalho parece ter o autor adotado apenas o método do velho jurista, tanto assim que, nem uma vez o cita no

47 *Dig.* – L. 8, T. 3, § 1º.
48 *Dig.* – L. 19, T. 2.
49 Aulo Géllio – 4, – 4, 4.
50 L. 30, T. 39, pr.

correr da obra. Além de vários outros trabalhos sobre o *Edictum* e os *Digesta* de Salvius Julianus, escreveu também sobre o *Jus Honorarium*, como se vê dos sete livros, *Ex Plautio,* as *Varioe lectiones, Epistuloe, Reguloe, Respona* e *Digesta ab Aristone.*

Afirma Krüger[51] que Pomponius era professor de direito e que conhecia os grandes jurisconsultos da República, como Quinto Múcio, Servius Sulpício, Ofílio e Trebácio, bem como os do Império Labeo, Sabino, Cássio, Próculo, Nerva, Aristo, Nerácio, Celso e Juliano.

Não obstante a sua grande nomeada e natural influência intelectual no meio em que viveu, não consta aos seus historiadores que houvesse exercido quaisquer funções públicas.

Desde Adriano até Alexandre Severo, além dos jurisconsultos já indicados, convém não esquecer *Claudius Saturninus*, que deu ao *Digesto* um fragmento: *Tarruntenus Paternus,* dois fragmentos; *Papirius Justus,* dez; *Tertulianus*, cinco; *Tryphoninus*, setenta e nove; *Arius Menander*, seis; *Authianus*, três; *Rutilius*, um; *Venuleus Saturninus*, setenta e um; *Callistratus*, cento e um; *Marcianus*, duzentos e oitenta e dois; *Macer*, sessenta e dois; *Julius Aquila*, dois; *Florentinus*, quarenta e dois; *Rufinus*, dezessete, e *Moecianus*, quarenta e quatro.

Desde Alexandre Severo até Justiniano, além de *Gregorius*, autor do *Código Gregoriano*, que figurou no tempo de Diocleciano; *Hermógenes*, autor do *Código Hermogeniano*, que figurou no tempo de Constantino Magno e deu ao *Digesto* cento e sete fragmentos, e *Aurelius Arcadius Charisius*, que contribuiu com seis fragmentos para as *Pandectas*, só poderemos indicar como jurisconsultos: *Antiochus*, prefeito do pretório e ex-questor do palácio imperial, a quem Teodósio II escolheu, naturalmente por seus conhecimentos jurídicos, para presidir a comissão de dezesseis membros[52] encarregada de organizar o *Código Teodosiano*, bem como os auxiliares de Justiniano na confecção da sua monumental codificação: *Johannes, Le-*

---

51 L. 30, T. 39, pr.

52 Segundo uma Constituição de Teodósio, datada de 12 de janeiro de 435, cujo cabeçalho está truncado e vem inserta na ed. Wenck do *Código Teodosiano* –, esta comissão compunha-se dos seguintes jurisconsultos: – *Antiochus, Eubulus, Maximinus, Sperantius, Matyrius, Alipius, Sebastianus, Apollodorus, Theodorus, Oron, Maximus, Epigenius, Diodorus, Procopius, Erotius* e *Neuterius.*

ontius, Phocas, Basilides, Thomas, Tribonianus, Constantinus, Theophilus, Discorus e *Proessentinus* (comissão do *Código*);[53] *Tribonianus, Theophilus e Doroteu* (comissão das *Institutas*);[54] e, finalmente, *Tribonianus*, os dois *Constantinus, Theophilus, Doroteu, Anatolius, Cratinus, Stephanus, Mena, Prosdocius, Eltolmius, Timotheus, Leônidas, Leontius, Plato* e *Jacobus* (comissão do *Digesto*).[55]

Dizem alguns historiadores que, além dos indicados, trabalharam também no *Digesto* e no *Código*: *Taleloeus, Theodoro d'Hermopolis* e *Cyrillus*.

Ao lado dos jurisconsultos propriamente ditos, cumpre igualmente não esquecer grandes literatos que contribuíram eficazmente para o desenvolvimento do Direito Romano, tais como *Cícero, Sêneca, Tito Lívio, Tácito, Suetônio, Quintiliano, Terêncio, Varrão, Plínio,* velho, *Plínio,* moço, *Valério Máximo;* os historiadores gregos *Políbio, Dionísio de Halicarnasso, Diodoro Siculo;* os imperadores *Augusto, Trajano, Adriano, Antônio Pio, Marco Aurélio, Septimo Severo, Caracala, Alexandre Severo, Constantino Magno, Teodósio I e II, Valentiniano I e II* e *Justiniano*.

A lei recebia, em regra, o *nome de família* do proponente e compunha-se de três partes: 1ª a *proescriptio* (nome do rogante, do comício rogado, a data, o lugar e o voto da centúria ou tribo que devia ser chamada em primeiro lugar), – 2ª a *rogatio* (o texto legal, em regra dividido em capítulos – *capita*), – 3ª a *sanctio* (as penalidades resultantes da transgressão da lei). Das disposições contidas na *sanctio* provinha a caracterização da lei, que era *perfecta* – se impunha nulidade ao ato praticado em contravenção ao seu dispositivo, – *minus quam perfecta* – se apenas cominava uma pena, e *imperfecta* – se não estabelecia nenhuma, nem outra coisa.

---

53 *Cod.* – de novo *Codice faciendo* – (Const. – *Hoec quoe necessario*) – § 1º; – de Justiniano *Codice confirmando* (Const. – *Summa reipublicoe*), § 2º – *de emendatione Codicis* (Const. *Cordis nobis*) – § 2º. A 2ª edição do Código foi confiada a uma comissão composta de cinco membros: Tribonianus, Doroteu, Mena, Constantino e Johanes.

54 *Institutas –Proemium* – § 3º.

55 *Dig.* – de confirmatione Digestorum – (Const. *Tanta*) § 9º.

A lei também – *rogabat* – se era inteiramente nova – *derogabat* – se apenas retirava o vigor de uma parte, – *subrogabat* – se adicionava alguma coisa, – e, finalmente, – *abrogabat* – se apenas induzia uma modificação. Daqui as expressões – *ab-rogação e derrogação* – tão comuns na nossa linguagem legislativa.

A importância das outras *fontes genéricas – reponsa prudentum, magistratuum edicta* e *constitutiones Principi,* determinou que as tratássemos em separado e cada um de per si. Veja-se, pois, neste vol. I os Títulos III, VII e VIII.

Juliano aos 78 anos de idade ainda dava *responsa,* uma das quais, transcrita por Pompônio nas suas *Regulae* e levada ao *Digesto* de Justiniano (L. 40, T. 5º, fr. 20), consiga aquela idade quando a resposta foi dada.

Título IV

ESCOLAS E CONTROVÉRSIAS

SUMÁRIO – O DIREITO ROMANO NO TEMPO DO ADVENTO DO IMPÉRIO. *LABEO* E *CAPITO*; AS DUAS ESCOLAS POR ESTES FUNDADAS: A *PROCULIANA* OU *PEGASIANA* E A *SABINIANA* OU *CASSIANA*. CARACTERES DISTINTIVOS DAS DUAS ESCOLAS: CAUSA *POLÍTICA*, CAUSA *FILOSÓFICA* E *DIFERENÇA DE MÉTODOS*. A RAZÃO DAS DIVERGÊNCIAS PROVINHA DA ESSÊNCIA DO PRÓPRIO DIREITO, DA SUA VIDA *ORGÂNICA* E *ESPIRITUAL*, DA *PSICOLOGIA CIVIL* E DA *PSICOLOGIA SOCIAL* DE QUE FALA *GIUSEPPE CARLE*. ATÉ QUANDO SE MANTIVERAM AS DUAS ESCOLAS E QUAIS OS SEUS ADEPTOS MAIS NOTÁVEIS. OS *ERCISCUNDOE* OU *MISCILLIONES*. AS MAIS NOTÁVEIS *CONTROVÉRSIAS* RESOLVIDAS PELAS DUAS ESCOLAS NO DOMÍNIO DO *DIREITO DAS PESSOAS, DAS COISAS, DAS SUCESSÕES, DAS OBRIGAÇÕES E DAS AÇÕES*.

ESCOLAS – Entre os jurisconsultos romanos sempre houve divergências de opiniões sobre questões de Direito que lhes eram apresentadas para estudo e solução. Estas divergências, porém, nunca atingiram a grande importância, a não ser no tempo do Imperador Augusto, quando se acentuaram por tal forma que, sistematizando-se em correntes opostas de doutrinas, determinaram a formação de grupos distintos de cultores do Direito, cujos membros acompanhavam a orientação de um chefe. A estes grupos davam os contemporâneos as denominações de *sectoe* ou *scholoe*.[1]

1 "*Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt*". (Pomponius – *Dig. – de orig. jur.* – L. I, T. II, fr. 2º § 47). Gaius, nas *Institutas*, chama-as, sempre *sholoe*.

Antistus Labeo e *Ateius Capito* foram os iniciadores da sistematização destes novos elementos da cultura do Direito Romano, mas, por uma inexplicável fatalidade, nem a um, nem a outro, coube a glória de ligar seu nome às *escolas* por eles fundadas. *Labeo* foi o fundador da escola *Proculiana*, assim chamada por ter sido um dos seus mais notáveis continuadores o célebre jurisconsulto *Licinius Proculus; Capito* foi o fundador da escola *Sabiniana*, nome oriundo de *Massurius Sabinus*, o mais considerável jurisconsulto do tempo de Tibério. Estas duas *escolas*, com o correr dos tempos, receberam também outras denominações. Assim, à *Proculiana* se dava o nome de *Pegasiana*, devido ao jurisconsulto *Pegasus*, seu esforçado defensor, e à *Sabiniana* o de *Cassiana*, por causa de *Caius Cassius Longinus*, o mais reputado dos mestres que seguiam a *escola* de *Capito*.

Divergem substancialmente os romanistas na determinação da verdadeira causa que deu nascimento às referidas *escolas*. Uns entendem que as divergências provinham de uma *causa política*,[2] outros de uma *causa filosófica*[3] e ainda outros de uma *causa histórica*,[4] a que *van Wetter*[5] chama "*diferença de métodos*".[6]

Não acreditamos que qualquer dessas causas fosse, por si só, bastante para determinar a cisão de que se trata e caracterizar cada uma das escolas.

Embora *Labeo* fosse fiel às instituições republicanas e adversário declarado do primeiro Imperador, tanto que, para conservar-se republicano, recusou o Consulado que Augusto lhe oferecera, todavia, esta fidelidade ao antigo regime político em nada o prendia ao velho Direito, pois a sua *escola* visava exatamente a reforma desse Direito.

---

2 Maynz – *Curs. de D. Romano* (Trad. Pou y Ordinas), vol. I, n. 191.

3 Bach – *Hist. Jurisp. Romana* – seç. 6ª, §§ 7 e 8.

4 Mulenbruch – *Doct. Pandect.* – § 7, not. 16.

5 *C. Element. de Droit Rom.* – vol. I, pág. 104.

6 Para bem compreender a importância que os romanistas têm dado à esta questão de saber a origem e natureza da discórdia entre *Proculianos* e *Sabinianos*, como também, entre outros, *Boeckelen, Berriat St. Prix, Eckhard, Hugo, Hummel, Zimmern, Danz, Giraud,* etc.

O espírito reformador do grande jurisconsulto e o arrojo de suas concepções contrastavam evidentemente com suas inclinações partidárias e convenções políticas.[7]

Por outro lado, o seu adversário *Capito*, posto que adepto da situação política, então dominante, e amigo particular do Imperador, de quem recebeu inúmeros favores e graças, sustentava justamente a necessidade da manutenção do Direito republicano, tradicional e imutável, o que também importava em negação às idéias políticas que adotaram com o advento do Império. Ainda mais. Com o correr dos tempos, vários adeptos da escola de Labeo viviam na graça dos Césares, ao passo que os adeptos de Capito eram inimigos declarados do trono.

Pela mesma razão, a *causa histórica*, por si só, deve ser arredada da discussão, pois, se não pode logicamente admitir que Labeo se esforçando pelo prestígio das idéias do passado, fosse, ao mesmo tempo o nobre e tenaz demolidor das glórias desse passado, no que ele tinha de mais honroso em sua história: a organização do Direito; e Capito, ao contrário, trabalhando por tornar mais simpático o regime a que aderira, fosse precisamente glorificar o passado, defendendo o direito que a República havia estabelecido.

Das *causas* apresentadas, a *filosófica* é a que parece resistir, com mais vigor, à crítica que se lhe faz.

Com efeito, a filosofia estóica de *Zênon*, desenvolvida por *Sócrates* e *Aristóteles*, encontrou em Roma grande número de sectários, entre os quais o divino *Cícero* foi, sem contestação, o mais devotado e competente vulgarizador.

Penetrar idéias em Roma e procurar adaptá-las ao Direito, que foi sempre a idéia máxima do grande povo, era questão de um momento. Coube a Cícero lançar a primeira pedra para a construção filosófica do Direito, invocando, nas suas decisões, quando ocupou a Pretura Urbana, a

---

7 Aulo Gélio – *Noct. Att.* – XIII, 12 – apresenta-nos Labeo com o espírito aferrado ao Direito tradicional (*...nisi quod jussum sanctumque esse in romanis antiquitatibus legisset*), ao passo que Pomponius – *Dig.* – *de orig. jur.* – L. e T. cits § 47 – diz terminantemente que, por se ter dado a trabalhos de sabedoria, Labeo instituiu muitas inovações (*... et coeteris operis sapientiae operam dederat, plurima instituit...*).

aequitas, como um dos mais seguros elementos para esclarecer o julgador na apreciação das causas submetidas a seu conhecimento.

Certo, estas idéias tiveram extraordinária influência na vida do Direito e despertaram a atenção dos espíritos independentes, solicitando sua adaptação à ciência que cultivavam, mas, isto não quer dizer que fosse a causa única daquela cisão, por isso que, embora tal cisão ainda não tivesse assumido o caráter sistemático que teve depois de Labeo e Capito, incontestável é que, muito antes da influência da filosofia helênica, a divergência de opiniões entre jurisconsultos romanos sobre vários pontos de Direito era freqüente.

Modestino, por exemplo,[8] alude à divergência entre *Bruto* e *Scoevola* sobre a reaquisição do *jus civitatis* pelos prisioneiros de guerra, e *Paulo*[9] também se refere aos dissídios entre *Múcio* e *Sérvio* sobre lucros e perdas nas sociedades.

Ora, estes jurisconsultos, embora tivessem vivido ao tempo de Cícero, eram, todavia, pagãos e parece que nada entendiam de questões filosóficas ou de princípios *socráticos* ou *platônicos*, para dirimir as divergências que aparecessem na discussão de pontos de Direito e muito menos ainda para provocar tais divergências e fomentá-las sistematicamente.

Giraud,[10] estudando as causas aludidas, sustenta que a causa primária da cisão foi exatamente a filosófica e procura explicar o fundo das divergências no ardor com que os adeptos do *estoicismo* invocavam a ciência

---

8 *Dig. – de capitivis et de postliminio* – L. XIX, T. 15, fr. 4º – "*E os qui ab hostibus capiuntur, vel hostibus deduntur, jure postliminii reverti antiquitus placuit. An quis hostibus declitus reversus, nec a nobis receptus, civis romanus sit, inter* Brutum *et* Scoevolam *varie tratactum est? Et consequens est, ut civitatem non adipiscatur*".

9 *Dig.* – pro socio – L. 17, T. 2º fr. 30 – "Mucio *lib. 14 scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferai.* Servius *in notatis* Mucii *cit nec posse societatem ita contrahi: nequi enim lucrum intelligiturnisi omni damno deducto; neque damnum, nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri, qued reliquum societate sit, omne damno deducto, pars alia feratur: et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatus*".

10 *Introd. hist. aux élém. de Droit Romain d'Heinecius*, págs. 312 e seguintes. O nosso autor faz uma resenha e crítica vigorosa das três causas apontadas, sem que, todavia, considere qualquer delas, isoladamente, como causa eficiente das divergências, embora afirme que *a causa primária* foi a invasão da *filosofia grega* (pricipalmente a *estóica*) na ciência do Direito.

nova e a tenacidade dos seus adversários na defesa das máximas recebidas dos antigos. Aos olhos daqueles, a filosofia era a *eqüidade* e esta a *lei da razão*; aos olhos deste, a lei era a *vontade humana* manifestada através dos tempos e solicitada pelas necessidades sociais. Entretanto, afirma o mesmo autor que, nem uma, nem outra escola tinha por sistema exclusivo substituir as regras do Direito positivo pelas regras da *equidade*, porque, estudadas as divergências que nos foram transmitidas, nada nos autoriza a confirmar, pela observação dos fatos, de que lado está a *eqüidade*.

Parece, porém, que, como *Leibnitz,* Giraud se inclina para uma aliança da *filosofia* com a *jurisprudência*, não para modificar o Direito pela *eqüidade*, mas, ao contrário, para constituí-lo em ciência exata, coordenando todas as regras especiais com os princípios gerais.

É próprio conceito de *Pomponius* quando, se referindo a Labeo, diz:

"*...ingenii qualitate et fiducia doctrinae*" e, a respeito de Capito, afirma: "*... in his quae ei tradita fueranti perseverabat*", frase que Giraud considera como dando a Labeo um espírito elevado, dialeto sutil e inovador audacioso, submetendo ao crisol da sua lógica; ao passo que Capito não passava de um erudito tímido e modesto, seguindo com respeito os traços dos seus antecessores.

Demangeat,[11] é partidário da *causa política* e explica as divergências pelo *caráter conservador* próprio dos monarquistas, adeptos de Capito, e o *reformista* próprio dos republicanos, adeptos de Labeo.

Para os primeiros, as regras, uma vez estabelecidas, devem ser observadas pelo mais largo tempo que for possível; para os segundos, as regras de Direito Civil devem ser flexíveis, variáveis, como os costumes e hábitos da sociedade.

Mas, como já vimos, é o próprio Pompônio di-lo expressamente,[12] se Capito era amigo de Augusto e Labeo adversário, o mesmo já não

---

11 *Cours Elemntaire de Droit Romain* – vol. I, pag. 97 (ed. de 1864).

12 *Dig. – de orig. jur.* – cits. L. T. e fr. §§ 47 e 51: "*Hic etiam Nerva Cesari, familiarissumus fuit... Hic (Gaius Cassius Longinus) consul fuit cum Quartino, temporibus Tiberii; sed plurimum in civitate auctoritatis habuit eo usque donec eum Coesar civitate pelleret; expulsus ab eo in Sardiniam, revocatus a Vespasiano diem suum obit*".

acontecia, por exemplo, por Cássio Longino, que, não obstante *sabiniano*, era inimigo de Nero, e *Nerva*, que, não obstante *proculiano*, era familiaríssimo de Tibério.

Maynz,[13] depois de aludir às opiniões acima consignadas, aborda a questão do *método* e mostra que os *sabinianos* buscavam apoio para sua doutrina em alguma autoridade, já da experiência, já da jurisprudência dos autores e tribunais, já também das idéias geralmente admitidas; ao passo que os *proculianos* procediam de um modo mais independente, aplicando no Direito uma lógica rigorosa e tirando dos princípios, uma vez estabelecidos, as conclusões que dos mesmos deviam resultar. Essa opinião, diz ainda o eminente mestre, quando não esteja provada de forma irrevogável, não está desmentida pelas notícias positivas que temos e, além disto, é bem conforme à idéia que formamos dos chefes de ambas as seitas.

Pode parecer estranho, a princípio, que a escola dos *sabinianos*, procedendo de maneira tão pouco elevada, pudesse, no entretanto, contar, no seu seio, jurisconsultos mais célebres do que os da escola dos *proculianos*. Mas, se não deve esquecer que, quanto mais elevado era o princípio destes últimos, mais dificuldades apresentavam e mais se expunham os que seguiam-nos a cair em erros; ao passo que os partidários da escola oposta, aprofundando menos e obrando com menor ousadia, podiam mais facilmente preservar-se deste perigo. E, termina o ilustrado romanista: "*não obstante, é muito provável que os erros da escola proculiana fossem mais favoráveis ao desenvolvimento da legislação do que os sábios trabalhos de seus adversários*".

Krüger[14] diz que não pode afirmar, com certeza, se havia entre as duas escolas diferenças radicais, ou se diferiam apenas em um certo número de questões, sem enlace entre si e a propósito das quais se haviam formado tradições opostas em cada escola, ou, finalmente, se tudo isto se reduzia à existência de duas escolas de Direito, dirigidas em Roma pelos sucessores de Labeo e de Capito.

Não obstante assegurar o insigne romanista tedesco que essas escolas não estavam separadas unicamente no terreno *teórico*, o que dá a

---

13 Cit., *Curso de Derecho Romano* – vol. 1º, introd., página 316, n. 191.

14 *Op. cit.*, § 20, pág. 136.

entender que o terreno teórico servia também para diferenciá-las, embora não unicamente, perece que o ilustrado mestre propende para, firmando em *Aulo Gélio,* admitir, como traço distintivo, o fato material de haver em Roma, no segundo século de *Jesus Cristo,* "*stationes jus plubiace docentium aut respondentium*", isto é, verdadeiros estabelecimentos de ensino jurídico ou, como hoje dissemos, verdadeiras Faculdades de Direito.

Entre tantos e tão autorizados mestres, cujas opiniões merecem o mesmo acatamento, o espírito vacila em recusar umas para aceitar outras e, mais ainda, recusar todas, procurando dar uma explicação inteiramente nova ou indo a *fontes não jurídicas* para conseguir elementos que expliquem fatos conhecidos, mas, sob uma feição nova.

É sabido que, com o advento do Império, Roma como que realizou a sua *renascença* intelectual, moral e econômica, desenvolvendo a cultura da *Poesia,* da *História,* da *Filosofia,* e do *Direito* e nivelando as classes sociais em tudo quanto dizia respeito às conquistas da inteligência. O próprio Imperador tornou-se o árbitro desse renascimento, mesmo, talvez, sem querê-lo, pois, procuravam saber o que mais poderia agradá-lo para imediatamente ser satisfeito, com os requintes do bom gosto e as preocupações da bajulação.

A lex Cíntia, que proibia a paga de serviços judiciários e impedira a formação de uma classe de advogados profissionais, ressurgiu e começou a ser novamente aplicada, porque já não eram somente os abastados que se dedicavam à cultura do Direito e à assistência dos litigantes nos tribunais, mas, também, os da classe média, os intelectuais, que procuravam instruir-se na jurisprudência e arrebatar à aristocracia o monopólio do conhecimento do Direito e do exercício da profissão de advogado. O grande movimento judiciário devido ao desenvolvimento da vida e a relativa calma nas relações internacionais, exigia, cada vez mais, número maior de profissionais e a liberdade na escolha dos patronos revelava freqüentemente altas competências fora da classe dos aristocratas.

Foi dessa intromissão da classe média nas funções judiciárias e do aparecimento de verdadeiras mediocridades a quererem exercê-las, que o Imperador procurou as três maneiras pelas quais os juristas se revelavam – *respondere, cavere e scribere* – e, para isso, o Imperador criou o chamado

Jus Respondendi, meio engenhoso de que lançou mão para, ao mesmo tempo, reduzir o número e escolher os de maior aptidão.

Foi exatamente a esse tempo que surgiram as duas escolas. Em torno de Labeo, o mais sábio e profundo dos juristas de então, moviam-se os grandes oradores *Mesala, Asínio Polião, Lúcio Arrúncio*, os dois filhos de *Mesala* e o próprio *Tibério*, e um outro jurista de grande nomeada, Capito, filho de um centurião. Labeo era o representante da *aristocracia* na cultura do Direito; Capito o representante do *elemento popuplar*.

Era de lei que o *patrocinium* das causas somente pudesse ser exercido, quer quanto à acusação, quer quanto à defesa, pelos pares do acusado e do defendido. Este privilégio, porém, desapareceu e com ele muitos dos princípios de Direito que vinham entravando a evolução das novas concepções.

Dado o primeiro passo, estava naturalmente aberto o caminho e novos horizontes tinham de ser necessariamente descortinados aos olhos da plêiade brilhante dos verdadeiros gênios.

A nosso ver, todos os romanistas, adeptos das doutrinas expostas, têm deixado de parte o verdadeiro conceito do Direito, o que é e será sempre de sua essência, para estudar a questão sob um ponto de vista estreito e acanhado: o das competições pessoais dos chefes dessas duas escolas, ou, elevando um pouco o assunto, atribuindo à influência de elementos externos a divergência na maneira de entender e resolver questões de Direito.

Já vimos, e repetimos, que a filosofia helênica derramou no espírito dos jurisconsultos romanos, que a estudaram, grande soma de princípios que, avigorando a lógica dos juristas, deu ao Direito um fortíssimo elemento de progresso. Mas, é certo também que essa filosofia, por muito idealista, não satisfazia inteiramente o espírito prático dos jurisconsultos romanos, homens que, em regra, preferiam as soluções claras e precisas das coisas da vida, às concepções idealistas, muitas vezes verdadeiras fantasias dos grandes sábios da Grécia.

O traço diferencial entre a inteligência romana e a inteligência grega estava exatamente nisto: ao passo que os romanos se preocupavam em criar instrumentos auxiliares da vida material e para manutenção da ordem nas relações sociais, dando o máximo dos seus esforços para o equilíbrio da vida jurídica; os gregos, ao contrário, preferiam as conquis-

tas da inteligência, antes pelo que elas proporcionavam em gozo intelectual, do que propriamente no que produziam em vantagens para a vida material.

O Direito em Roma não mentiu ao espírito romano. Mas, como o Direito tem em si mesmo o gérmen do progresso e obedece fatalmente, pela continência da vida, à lei do aperfeiçoamento, nada mais natural do que o aparecimento da reação de espíritos independentes contra a estabilidade de princípios que já não satisfaziam as necessidades da vida social em Roma.

"Das sociedades primitivas às sociedades modernas o Direito mudou de forma, não de caráter. Se não nasceu do costume e da jurisprudência, a lei para entrar no Direito vivo é obrigada a tornar-se jurisprudência e costume. É por isso que *vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei, mas, nunca se viu a lei reformar a sociedade.*"[15]

Não foi, pois, *a política*, não foi a *filosofia grega*, não foi *a história* ou a necessidade de *diferença de métodos*, cada um de per si, que determinou a criação das duas escolas. Foi, sim, o próprio Direito, impondo a necessidade de sua transformação e criando, para consegui-la, a dupla instituição das escolas: uma, abrindo novos horizontes, rompendo os diques da estagnação e precipitando as idéias novas pelos séculos a fora; a outra, aferrada à tradição, temendo perturbações sociais e resistindo à penetração do espírito novo.

Ação e reação: eis, em síntese, as manifestações da vida do Direito. *proculianos* e *sabinianos* nada mais foram que os propulsores desses movimentos opostos, os instrumentos da realização prática da *ação* e *reação* do Direito.

Não foi somente em Roma que os cultores do Direito se agruparam em escolas ou seitas opostas: em todas as sociedades humanas sempre houve e sempre haverá duas correntes de opiniões em relação ao Direito *constituído* e ao Direito *a constituir*. O que se deu em Roma, também se deu entre os medas, persas, egípcios, assírios, gregos e hebreus, com a diferença de que, ao passo que estes povos, segundo a classificação de *Kenkle*, eram uns *crepusculares* e outros *planetários*, em matéria de Direito os romanos

---

15 Jean Cruet – *A Vida do Direito* – Introd.

foram sempre da classe dos povos *solares*[16] e, por isso, as questões jurídicas entre eles levantadas assumiam uma importância acentuada e elevavam-se, às vezes, a uma extraordinária altura. Os gregos deixavam à fantasia dos seus poetas, à eloqüência dos seus oradores e às engenhosas concepções de seus filósofos as tradições jurídicas primitivas e às vezes até os simples preceitos da vida prática; ao passo que os romanos entregavam essa missão, a princípio, a uma classe religiosa, a dos Pontífices,[17] para, depois, ser confiada à classe especial dos juristas (*Pretores, Edis, Prudentes*).

Os dissídios entre os jurisconsultos das duas escolas deram lugar à formação de um Direito ao mesmo tempo *tradicional* e *progressista*, transigindo sempre e oportunamente entre o *passado* e o *presente*, fazendo a verdadeira história do Direito, *a história ideal eterna* de que fala *Vico*,[18] para servir de modelo à cultura jurídica de todos os povos.

Isto não se verificou, porém, devido à influência de idéias *políticas, históricas* ou *filosóficas*, internas ou externas, mas, sim, porque, segundo *Giuseppe Carle*,[19] "*a sociedade do Direito tem ao mesmo tempo uma vida orgânica e uma vida espiritual e nunca puderam ser compreendidos em sua própria integridade, senão dando a um e a outro elemento a parte que lhes seja devida, harmonizando o idealismo e o positivismo, a psicologia civil e a psicologia social, porque estes sistemas, que à primeira vista aparecem como contrários e opostos, encontram sua origem nas diferentes faculdades essenciais da natureza humana*".

---

16 Kenkle, citado por Tobias Barreto, Clovis Bevilacqua, e Martins Júnior, divide os povos, em relação às conquistas da inteligência, em três classes: a dos povos *solares*, a dos *crepusculares* e a dos *planetários*. Os primeiros apresentam-se e vivem no meio de uma verdadeira irradiação luminosa e projetam grande luz sobre a humanidade pensante; os segundos como que vivem no meio dos primeiros alvores matutinos ou da luz fugitiva do cair da tarde; os terceiros como que sofrem de uma *fotofobia* secular e vivem dentro da noite.

17 Cícero – *De Rep.* – V. I, – Valério Máximo, liv 2º, cap. V, § 2º – "*Jus Civile per multa soecula coeremoniasque deorum immortaliam abditum, solisque pontificibus notum, Cneus Flavius, libertino patre gentius et scribo, cum ingenti nobilitatis indignatione, factus oedilis curulis, vulgavit, ac fastos poene toto foro exposuit.*

18 *De uno universi juris principio et fine uno.*

19 *La Vida del Derecho* – trad. de G. de los Rios (1912), pág. 42.

Daqui que, mesmo que em Roma não houvesse penetrado a filosofia helênica, mesmo que se não tivesse operado a transformação política, que substituiu a República pelo Império, e mesmo quando não houvesse, ao tempo da Labeo e Capito, um Direito já estritamente *nacional*, rigorosamente *romano*, genuinamente *histórico*, a lute entre os *reformadores* e os *trdicionalistas* teria de verificar-se, mais cedo ou mais tarde, para a realização da harmonia entre a *psicologia civil* e a *psicologia social*, de que fala Giuseppe Carle.

Cada vez encontramos mais verdades nestas afirmações do profundo *R. von Jhering*:[20] "É um problema insolúvel, dir-se-á, o de indagar o que constitui o conteúdo do Direito, por que ele é eternamente variável: é deste modo aqui, e além será de outro. É um caos em perpétua fusão, agitando-se sem freio, nem regra. O que aqui é proibido, permitir-se-á mais além: o que aqui se prescreve, proíbe-se acolá. Fé e superstição, selvageria e civilização, vingança e amor, crueldade e humanidade, que mais sei eu? Todo o Direito tem acolhido sem consolidar coisa alguma. Por certo que, se a missão do Direito fosse realizar a *verdade em si mesma*, o resultado seria desolador. Se lhe atribuíssemos uma tal missão, teríamos de confessar que ele está votado ao perpétuo erro. Cada século, transformando o Direito, pronunciaria a condenação do século precedente, que julgava que o seu Direito consagrava a verdade e seria a seu turno condenada pelo século seguinte. A verdade levaria sempre alguns passos de dianteira ao Direito, e este nunca poderia atingi-la, tal como se fora uma criança em perseguição de uma borboleta que levanta o vôo à sua aproximação."

Mas, por que assim acontece? Simplesmente porque o Direito para ser *útil* precisa ser *oportuno* e para ser *oportuno* tem de *modificar*-se à medida das necessidades da época.

Foi isto o que se deu em Roma: o Direito tinha de ficar de acordo com as necessidades da época, isto é, tinha de ser *oportuno* e isso provocou a *ação* e *reação* das duas escolas: a *Proculiana*, que julgava ter chegado a *oportunidade* para a modificação; a *Sabiniana*, que entendia que a *oportunidade* estava exatamente em manter o Direito existente.

---

20 *Zweck im Recht – Missão do Direito* – n. 180.

As duas escolas mantiveram-se até o governo de Cômodo, sucessor de Marco Aurélio, época em que faleceu *Gaius*, o último jurisconsulto que ainda se dizia partidário de uma dessas escolas (a *Sabiniana*).

Segundo a relação de Pomponius, eram, *sabinianos* ou *cassianos: Capito,* discípulo de *Ofilius, Massurius Sabinus, Caius Cassius Longinus, Caelius Sabinus, Priscus Javolenos, Aburnus Velens, Tucius Fuscianus* e *Savius Julianus;* eram *proculianos* ou *pegasianos: Labeo,* discípulo de *Trebatius, Nerva,* pai, *Nerva,* filho, *Proculus; Pegasus, Juventius Celsus,* pai, *Celsus,* filho, e *Neratius Priscus.*

Mas, podemos acrescentar como *sabianianos*: *Urseius Ferox, Aristo, Plautius, Gaius* e o próprio *Pompionius*; e como *proculianos: Fulcinius, Mela e Atilicinius.*

Cujácio e *Pothier* aludem a uma terceira escola, sob a denominação de *Erciscundoe* ou *Miscelliones,* que tinha um caráter *misto,* aceitando as conclusões, ora de uma, ora de outra, sem, todavia, declarar-se partidária de qualquer das duas.

Parece, entretanto, que esta terceira escola não teve existência e se teve, caracterizando-se pela forma indicada, então os *sabinianos* e *proculianos* eram também *erciscundae,* porque freqüentemente muito dos discípulos de Labeo aceitavam as conclusões dos discípulos de Capito e vice-versa.

CONTROVÉRSIAS – Muitos romanistas têm procurado fixar todas as controvérsias suscitadas entre os adeptos das duas escolas, tendo Blondeau[21] conseguido assinalar 19, que se referem a vários departamentos do Direito.

Vejamos algumas delas no domínio do *Direito das Pessoas, do Direito das Coisas,* do *Direito das Sucessões,* do *Direito das Obrigações* e do *Direito das Ações.*

A – *No Direito das Pessoas* – Desde os tempos primitivos não havia idade predeterminada para que o *menor* fosse considerado como *púbere,* isto é, capaz de *gerar,*[22] e, por isso, de gozar e exercer alguns direitos. A *puberdade* dependia do desenvolvimento físico e, para reconhecer o de-

---

21 *Institutes de L'Empereur Justinien* – vol. 1º, pág. 426.

22 A palavra *púbere* vem de *púbis, puberis,* que significa *pêlo, penugem sobre o pente,* sinal com que a natureza revela no homem a capacidade de gerar.

senvolvimento, competia ao *Pater Familiae* verificar o estado dos corpos dos mancebos – *habitu corporis aestimare.*

Com o correr dos tempos esta providência foi tida como contrária à moral e, por isso, os *proculianos* entendiam que, ao em vez de tal providência ao pudor dos mancebos, se devia fixar a idade de 14 anos como a do início da *puberdade*, independente de tal exame. Os *sabinianos* eram de opinião que deveria continuar o velho costume.

Esta controvérsia manteve-se, sem solução legal, durante muitos séculos, chegando, até, alguns jurisconsultos a propor uma terceira opinião, reunindo em uma somente as duas doutrinas opostas, isto é, que se considerasse *púbere* o que já houvesse atingido a *idade de 14 anos* e cujo corpo indicasse *a capacidade geradora.*

Larga foi a discussão entre os dois grupos contendores; uns invocam, como dissemos, a moral em favor de sua solução; outros invocavam, ao mesmo tempo, a tradição e a lógica.[23]

Gaius[24] e *Ulpianus*[25] aludem a esta controvérsia e Justiniano resolveu-a em favor dos *proculianos*, determinando a idade de 14 anos como o início da *puberdade* (para homens) e de 12 anos como início da *nubilidade* (para as mulheres, sem exame do corpo em ambos os casos.[26]

---

23 Embora mais simpática a opinião dos *proculianos*, não há duvida de que a dos *sabinianos* era mais lógica, porque se a *puberdade* era, como é, um estado do corpo *qui generare possit* e não havendo outro meio para determiná-la com precisão, senão o exame aludido, a doutrina sabiniana deverá prevalecer cientificamente.

24 *Institutas – Comm.* I, §196 – "*Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur... quidem.. .nostri proepceptores puberem eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, hoc est, qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam oetatem spectandam, cujus oetatis puberes fiunt: sed diversoe scholoe auctores annis pubertatem oestimandam, id est, eum puberem esse existimant, qui XIV annos explevit.*"

25 *Frag. lib. regul. sing.* – T. IX, § 28 – "*Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare possit; Proculeiani autem, cum qui quatuordecim annos explevit; verum Priscus eum puberem esse in quem utrumque concurrit, et habitus corporis et numerus annorum.*"

26 *Cod. – quando tut. vel cur, esse desinant* – L. V, T. 60, const. 3ª – "*Indecorum observationem in examinanda marium pubertate resecantes jubemus quemadmodum foemine post (impletos) duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, et ita et mares post excessum quatrodecim (annorum) puberes existimentur: indagatione corporis in honesta cessante.*" Vide também *Institutas* de *Justin*, L. I, T. XXII, pr.

B – *No Direito das Cousas* – Os cavalos são coisas *mancipi* desde o nascimento, ou somente depois de amansados para montaria e outros serviços?

Os *sabinianos* entendiam que eram coisas *mancipi* desde o nascimento; os *proculianos*, porém, seguiam a segunda opinião, isto é, só consideravam tais quando amansados, como acontecia com os *ursos, leões, elefantes* e *camelos*.[27]

Res mancipi eram aquelas cuja alienação carecia da observância das solenidades da *mancipatio*, por serem *res pretiosiores* e sujeitas à aquisição *ex jure Quiritium*. Embora de importância capital no antigo Direito, a distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi* perdeu, em grande parte, essa importância, ao tempo do baixo-império, sendo abolida expressamente por Justiniano.[28]

C – *No Direito das Sucessões* – Questionava-se para se saber se os *necessarii heredes* podiam fazer *cessio in jure* da herança, da mesma sorte que, depois da *aditio hereditatis*, podiam fazer os *extranei heredis*.

Os *sabinianos* julgavam que os herdeiros necessários não podiam fazer a *cessio in jure* em tais condições; os *proculianos*, porém, sustentavam a afirmativa, porque, uma vez adida à herança, já se não podia fazer distinção entre herdeiros necessários e herdeiros estranhos, pois, tudo quanto a esses era permitido ou proibido, da mesma forma que deveria ser permitido ou proibido àqueles.[29]

---

27 Gaius – *Inst. Comm.* II, §§ 15 e 16 – *"Item... statim, it nata sunt, mancipi esse putant. Nerva vero, Proculus et coeteri diversoe scholoe auctores non aliter ea mancipi esse putant quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tuna videri mancipi esse... Nec mancipi sunt velut ursi, leones; item ea animalia, quoe ferarum bestiarum numero sunt, velut elephantes et camelli. Et ideo ad rem non pertinet quod hoec animália etiam collo dorsove domantur... quorum... mancipi esse, quoedam non mancipi sunt."*

28 *Cod. – de usucap. transform.* – L. VII, T. XXXI. const única, *in fine: "...cum (etiam) res dividi mancipi et nec mancipi sane antiqum est: et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatius et differentiis sublatis."*

29 Gaius – *Inst. Comm.* II, § 37 – "*Idem et de necessariis heredibus diversoe scholoe auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum (quis) adeundo hereditatem fiat hoeres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit; sed nostri proecptores putant, nihil agere necessarium hoeredem, cum in jure cedat hereditatem.*" (Vide também – *Comm.* III, §§ 85, 86 e 87).

D – *No Direito das Obrigações* – Neste departamento do Direito, inúmeras e da máxima importância foram as *controvérsias* levantadas entre as duas escolas. Vejamos algumas delas.

Preço na compra e venda. – Pode o preço da compra e venda consistir em um *objeto qualquer* ou deve necessariamente ser dinheiro *em moeda?* Os dois chefes da *escola sabiniana* (Sabinus e Casius Longinus) sustentavam a validade da venda no primeiro caso;[30] um dos chefes da *escola proculiana* (Proculus) e um dos seus sectários (Nerva) negavam a validade, visto tratar-se de *permuta* e não de *compra e venda,* quando o preço não era *dinheiro amoedado.*[31]

Não obstante ter prevalecido a opinião dos *proculianos,* há uma constituição do Imperador Diocleciano[32] que estabelece a regra de que, ainda quando o preço da coisa não tenha sido dinheiro contado (*pecunia numerata),* mas, sim, gado (*percoribus),* o contrato de compra e venda se não considera írrito, uma vez que isso foi consentido pelas partes contratantes.

Dano às coisas em guarda. – O que recebeu paga para guardar alguma coisa é responsável pelo dano causado por um terceiro à coisa guardada?

---

30 *Sabino,* para assim afirmar, invocava os versos de *Homero,* em que o grande poeta grego dizia que os soldados gregos compravam *vinho,* ora por *metal,* ora por *límpido ferro* ora por *peles,* ora por *escravos.*

31 Paulus – *Dig.* – de *contrah, emptione* – L. XVIII, T. I, fr. 1º, pr. e § 1º – "*Origo emendi vendendique a permutationibus coepit: olim enim non ita erat nummus; neque aliud merx, aliud pretium vocabatur: sed unusquisque secundum necessitatem temporum, ac rerum, utilibus, inutilia permutabat, quando plerumque evenit ut quod alteri superest, alteri desit: sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut cum tu haberes, quod ego desiderarem invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua oestimatio difficultatibus permutationum, oequalitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa, usura dominiumque non tam ex substantia proebet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem? Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant; Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc est...*".

32 *Cod. – de rescind, vendit.* – L. IV, T. 44 const. 9ª – "*Pretii causa non pecunia numerata, sed pro eo pecoribus in solutum consentienti datis, contractus non constituitur irritus.*"

Os *sabinianos,* com Salvius Julianus à frente, sustentavam a irresponsabilidade, em qualquer caso; os *proculianos*, com Marcellus à frente, sustentavam a necessidade de, primeiramente, distinguir se o guardador se havia realmente obrigado a esse dano, ou se somente ao que fosse causado por ele mesmo.[33]

Condições impossíveis ou contrárias aos bons costumes. – Tais condições anulam os contratos em que elas se verificam? Os *sabinianos* entendiam que sim, os *proculianos* opinavam pela afirmativa em tratando-se de atos *inter vivos;* mas, não nos *causa mortis*, consideravam a condição como *não escrita.*[34]

Pagamento. – O pagamento feito em local diferente do estabelecido no contrato liberta o devedor da obrigação? Os *sabinianos,* com Salvius Julianus à frente, entendiam que a obrigação subsiste ainda, mas, tão-somente até a concorrência do interesse que teria o credor em ser pago no lugar indicado no contrato. Os *proculianos*, com Marcellus à frente, não admitiam esta solução e perguntavam: por que o pagamento feito em outro lugar não pode operar liberação quando o credor nele consentiu? A admitir que o pagamento em tais condições não importa em liberação, lógico seria concluir-se também que ao credor compete reclamar a importância *integral.*[35]

---

33 Dig. – *de locati et conduct.* – L. XIX. T. 2º fr. 40 – "*Qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodioe proestat*". – (Gaius) ; fr, 41 – "*Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse, Julianus ait: Qua enim custodia consequi potuit, ne damnum injuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quoe sententia Marcelli probanda est*". (Ulpianus).

34 Gaius – *Inst. Comm.* III, § 98. – *Item si quis sub ea conditione stipuletur, quoe existere non potest (vel) uti si digito coelum tetigerit, inutilis est stipulatio: sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri proepceptores proinde valere putant, ac si ea conditio adjecta non esset. Diversoe scholoe auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem; et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*"

35 Ulpianus – *Dig.* – *de eo quod certo loco* –L. XIII, T. IV, fr. 2, § 7º – "*dem Julianus tracta, na is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur nhilo minus possit intenderi, sibi dari oportere? Et (Julianus) scribit, libertationem non contigisse: atque ideo posse peti quod interest, Marcellus autem et alis tractat, et apud Julianum notat, posse dici, et si mihi alibi solvatur, libertationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogar; plane, si non contigit liberatio, dicendum ait, superesse petitionam integroe summoe; quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promisserat in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summosolutio distare a fabriaca insulae: ideo, quod, interest, solum petendum*".

E – *No Direito das Ações.* – A ação *pro socio* compete ao associado, contra a sociedade, para ser indenizado do dano resultante de ferimentos recebidos de escravos da sociedade no ato de impedir a fuga destes? Os *sabinianos* entendiam que sim; os *proculianos* que não, fundados na razão, dada por Labeo, de que *isto se não gastou na sociedade, ainda que por ela se tivesse gasto.*[36]

São decorridos mil novecentos e cinqüenta anos do aparecimento em Roma dessas duas escolas e muitas das controvérsias entre elas levantadas podem ser repetidas, na atualidade, sem que se lhes dê solução inteiramente ao abrigo da crítica. É que o gênio e o saber de seus fundadores e eminentíssimos sectários tinham alguma coisa de Sol, pois, não obstante a camada de vinte séculos sobre a obra monumental que erigiram, esta ainda é, e será por muito tempo, a luz fecundante do pensamento jurídico da humanidade.

---

36 Pomponius – *Dig.* – loc. cit. fr. 61 – *pro socio* – L. XVII, T. II, fr. 60, § 1º – "*Socius, cum resisteret communibus (servis) venalibus ad fugam erumpentibus vulneratus est: impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione, Labeo ait: quia id non in societatem, quam vis propter societatem, impensum sit...*".
E, no mesmo *Dig.* – loc. cit. fr. 61 – Ulpianus sustenta que: "*Secundum Julianum tamem, et quod medicis pro se datum est, recipere potest: quod verum est.*"

Título V

CODIFICAÇÃO E EVOLUÇÃO DO DIREITO ROMANO

SUMÁRIO – FISIOLOGIA DO DIREITO: AS CIÊNCIAS FÍSICAS E NATURAIS E SUA INFLUÊNCIA NOS ESTUDOS JURÍDICOS E SOCIAIS. A TECNOLOGIA DOS NATURALISTAS E SUA APLICAÇÃO À LINGUAGEM DO DIREITO. OPINIÕES DE GIUSEPPE CARLE, STRICKER, JHERING, TOBIAS BARRETO, BENTHAM E VIVEIROS DE CASTRO. A BIOLOGIA E A FISIOLOGIA NO COMEÇO DO SÉCULO XIX. A VIDA DO DIREITO ROMANO E A SUA RESPIRAÇÃO E CIRCULAÇÃO: A *SÍSTOLE* E A *DIÁSTOLE* NO SEU ORGANISMO. A CODIFICAÇÃO E A MARCHA EVOLUTIVA DO DIREITO, EM GERAL, E DO DIREITO ROMANO EM PARTICULAR: ELEMENTOS E CAUSAS GERADORAS DA *SÍSTOLE* E DA *DIÁSTOLE* JURÍDICA NO GRANDE MONUMENTO, DESDE O *JUS CIVILE PAPIRIANUM* ATÉ ÀS *NOVELAS DE JUSTINIANO.*

G*IUSEPPE Carle*, o eminente professor de *Filosofia do Direito* da Real Universidade de Turim, logo às primeiras palavras do Prefácio de seu extraordinário livro *A vida do Direito,* observa que "quem haja seguido com alguma atenção o desenvolvimento da vida intelectual do nosso tempo, terá advertido, sem dúvida alguma, que, no transcurso de pouco lustros, um decidido predomínio dos estudos físicos e naturais há substituído a avassaladora hegemonia dos estudos metafísicos e idealistas".

"Ainda mais, é sabido de todos", diz ele, "que esse movimento se vai propagando cada vez mais, estendendo-se aos estudos jurídicos e

sociais, em cujo seio se verifica claramente uma transformação profunda. Nestes estudos vai hoje penetrando aquele espírito de observação, antes circunscrito aos estudos de ciência físicas e naturais." E acrescenta que "o campo das investigações sobre as coisas sociais e humanas e sobre suas origens vai-se ampliando cada vez mais; que ao estudo do mundo greco-romano se tem agregado o do Oriente; que ao das instituições sociais na plenitude de seu desenvolvimento acompanha o das instituições primitivas e que ao do mundo social e humano se associa o do mundo orgânico animal, derivando-se, de tudo isto, essas amplíssimas comparações que dão um certo caráter aos estudos jurídicos e sociais da nossa idade."

Esta observação do grande sábio italiano serve de estudo para defender-nos da crítica, que porventura se nos oponha por penetrar, agora, o departamento de ciências fora dos limites dos nossos estudos prediletos, para aí buscar termos de comparação e trabalhar com a tecnologia dos naturalistas no serviço da balança.

Este processo, porém, não é rigorosamente nosso; vem de longe, vem mesmo de muito mais longe da época em que *Giuseppe Carle* escreveu *A vida do Direito.*[1]

O *Dr. Stricker*, eminente professor de Patologia da Universidade de Viena, escreveu um livrinho precioso a que deu o nome de *Fisiologia do Direito* e, aí, tratando da transformação da *"consciência da força"* na *"consciência do direito"*, afirma que, se é verdade que a balança é o símbolo da justiça, também ela por si só não constitui um símbolo perfeito do Direito. Na idéia do Direito se encontra necessariamente a idéia da força que se procura simbolizar com a *espada da justiça.* A espada indica que a Justiça não somente pesa como também protege o Direito. A balança, de per si, não nos representa mais do que o *substractum* da ação de pesar. Quando realmente se quer pesar, alguma coisa se põe necessariamente nos pratos ou conchas da balança e o que a Justiça pesa é a força do direito.[2]

Eis aí, um patologista indo buscar na Física a idéia da força para assentar um conceito de Direito.

---

1 A primeira edição deste livro veio publicada em julho de 1880.

2 *Fisiologia do Direito* – Introd. – Pág. 2.

Rudolf von Jhering, esse gigante da pensadora Germânia, de quem o patrício *João Monteiro* disse que era "*um dos dois mais elevados cumes da grande cordilheira jurídica alemã do século* XIX,[3] Rudolf von Jhering, em um livro de Direito,[4] ensina que "todo organismo pode ser considerado sob duplo ponto de vista: *anatômico* e *fisiológico*. O primeiro tem por objeto os elementos deste organismo e sua ação recíproca, ou seja, sua *structura*; o segundo suas *funções*. O organismo do Direito, como qualquer outro se compõe de diversas partes. Quanto mais nobres e delicadas se apresentam em sua organização, menos se manifestam exteriormente e mais tarda o homem em ter consciência delas. O mesmo sucede com o Direito dos povos: o conhecimento de sua organização, penetrando mais e mais na natureza íntima das cousas, lhes tem sido penoso em adquirir".

Daqui passa o profundo jurista-filósofo a mostrar os elementos anatômicos do Direito e a natureza específica de suas funções, chegando a dizer que no organismo jurídico o Direito Civil é a *ossamenta*, o que fez Tobias Barreto completar o símile dizendo que o processo é a *musculatura*.

Edmond Picard também nos fala em um "*critério anatômico*" do Direito e diz que esse critério é a "*coação social*".[5]

Para aqueles que tiveram a suprema felicidade de ouvir a palavra do Mestre querido, que foi esse extraordinário patrício Tobias Barreto, não causa estranheza que alguém se manifeste sobre idéias jurídicas, que alguém estude fenômenos do Direito, usando da linguagem dos naturalistas. Quem ouviu Tobias Barreto, na cadeira de *Filosofia do Direito*, explicando o conceito do Direito como *idéia* e *sentimento*, Psicologia do Direito; como *força*, Fisiologia e Morfologia do Direito, desenvolvendo a teoria naturalista dos órgãos rudimentares aplicadas à esfera jurídica; pedir a Darwin a sua linguagem para melhor ensinar o organismo do Direito e tantas outras criações geniais, não deve estranhar que um seu discípulo, fale em *Fisiologia do Direito Romano* e procure discorrer sobre a *Sístole* e a *Diástole* desse grande

---

3 João Monteiro – *Aplicações do Direito* – Explicação – Pág. IV. O outro é F. C. von Savigny.

4 *El Espíritu del Derecho Romano* – Trad. de Satorres, vol. I, pág. 38.

5 *Direito Puro* – § 15 e seguintes.

corpo, animado pela ação eficaz dos prudentes, dos Edis, dos Pretores e dos Imperadores romanos.

Se a *Jeremias Bentham*[6] foi lícito, no século XVIII dizer o que vamos reproduzir, certo, no esplendor do século XX, não há de merecer censura a linguagem do nosso estudo.

O notável filósofo inglês, tratando do método para estudos jurídicos, afirma categoricamente: "*Não é nos livros de direito onde hei encontrado os meios de invenção e os modelos de método. Melhor se encontram esses meios e modelos nas obras de metafísica, física, de história natural, de medicina. Fiquei surpreendido lendo am alguns tratados modernos desta ciência as classificações dos males e dos remédios. Não se poderia aceitar a mesma ordem na legislação? O corpo político não poderia ter sua anatomia, sua fisiologia e sua matéria médica? O que temos encontrado nos Tribonianos, nos Cujácios, nos Blackstones, nos Vattels, nos Pothiers, nos Domats, é bem pouca coisa: Hume, Helvetius, Linneo, Bergmann, Cullen, me têm sido mais úteis.*"

E se o grande pensador quisesse voltar para a velha legislação portuguesa de 1603, veria na sábia Ordenação do Liv. 3º, Tit. 72, § 3º como os desembargadores Paulo Afonso e Pedro Barbosa já compreendiam bem a necessidade de recorrer à *terapêutica* para fornecer ao legislador a expressão *remédio* com a qual aqueles notáveis organizadores do Código Filipino procuravam caracterizar os *Interditos Possessórios.*[7]

Viveiros de Castro, falando, na tribuna das conferências da Biblioteca Nacional em fins de maio de 1915, sobre "O *conceito jurídico da liberdade*", salientou que "as leis sociais naturais são apenas manifestações, num grau mais elevado, das leis físicas, biológicas e psíquicas, segundo as quais se desenvolvem os seres vivos e pensantes" e acentuou que "as descobertas das ciências físicas são preciosos auxiliares para a transformação da própria vida social".

Há, pois, uma incontestável tendência ao espírito humano para entrelaçar as ciências, a fim de que se ajudem mutuamente na descoberta

---

6 *Traité de Legislation* – ed. Dumon – Paris 1802.

7 "*No primeiro caso,* – diz a Ord. cit. –, *não se pode apelar de tais autos, mas, são por direito introduzidos outros REMÉDIOS de provimento, a que chamam interditos recuperatórios...*"

das verdades e o que é mais notável é que esse entrelaçamento se opera pela especialização de cada uma, constituindo-se todas elas em fatores eficazes da unificação do saber e de forma tal vão trabalhando que essa especialização mesma reclamará a necessidade de uma ciência única para explicar tudo quanto se refere ao *homem* e à *natureza*, chegando-se ao resultado final de constituir-se uma ciência que poderá ser denominada *Biologia Integral.*

O velho Lerminier dizia que "*o direito é a vida*" e, no estado atual da cultura humana, bem podemos inverter as palavras e dizer que "*a vida é o direito*", porque não se compreende vida humana sem sociedade, não se compreende sociedade sem coesão e o Direito é e sempre foi o mais forte elemento da coesão social.

Trabalhar com estas idéias, bem sabemos, é trabalhar com idéias ainda não perfeitamente definidas. Mas, nem por ser falha de braços a Vênus de Milo deixa de ser um grande modelo de arte e de chamar a atenção dos visitantes do Museu do Louvre.

O Direito Romano, como Direito em geral, tem a sua Fisiologia; organismo perfeito, funções precisas e determinadas.

Não há ciência que tenha produzido maior número de controvérsias do que a Biologia e a Fisiologia. Basta percorrer a imensa galeria dos grandes pensadores, desde os mais remotos tempos, para ver como a *vida* e a *morte* têm solicitado a atenção da humanidade.

Se apanharmos o estado dessas ciências no começo do século XIX, veremos que três doutrinas principalmente preocupavam, até então, os cientistas sobre a explicação da vida e da morte: o *animismo*, o *vitalismo* e o *finalismo*. Cláudio Bernard, na França, e Ludwig, na Alemanha, iniciaram nova direção e esses estudos e procuraram arredar do seu campo de observação a *alma*, a *força vital* e a *causa final.*

De pesquisa em pesquisa, chegaram à *vida elementar*; descendo a escala da organização anatômica, estudaram os aparelhos – circulatório, digestivo, respiratório e nervoso, – passaram aos órgãos, aos tecidos, às células e esbarraram na *Fisiologia Celular.*

Outras idéias foram aventadas: a *teoria energética* e suas variantes – mecânica, química, calorífica, eletromagnética, etc. – procuraram explicar o que é a vida e a morte no fim de tantas pesquisas, de tantas teorias,

de tanto tempo gasto nos laboratórios, chegaram todos a estas duas enormíssimas verdades: "*a vida é o conjunto dos fenômenos comuns a todos os seres vivos e a morte é a cessação dos fenômenos que caracterizam a vida*". Quiseram resolver um problema, abandonando uma verdade universal, e nada resolveram, exatamente devido ao abandono da verdade sabida.

Entretanto, nós os espiritualistas, nós os deístas, sem os laboratórios senão os das nossas consciências, sem aparelhos de observação senão os da nossa Fé, vemos e sentimos que a vida vem dessa força imensa que é Deus e Dele recebemos a vida e a morte como as manifestações mais palpitantes e evidentes do seu poder e de sua onipotente vontade.

Dissemos que o Direito Romano, como o Direito em geral, tem a sua Fisiologia: organismo perfeito, funções precisas e determinadas. Vejamos.

No organismo humano a respiração e a circulação do sangue realizam ou solicitam três grandes operações: a *hematose,* a *sístole* e a *diástole.*

Ensinam os fisiologistas que todos os organismos, animais e vegetais, carecem do *oxigênio* para as relações químicas que têm por sede o protoplasma e, uma vez no organismo, o oxigênio se combina com outras substâncias determinando a formação de compostos químicos, entre os quais o mais importante é o *gás carbônico,* cuja formação é acompanhada de *calor* que produz a *energia* e esta dá lugar aos movimentos.

Por uma série imensa de combinações e percurso no aparelho respiratório e circulatório a *hematose* se verifica, o sangue se transforma de venenoso em arterial, ganhando o organismo um novo elemento de vida.

Por outro lado, a grande circulação determina a necessidade de dois movimentos do coração e das artérias, que se sucedem; um de contração – a *sístole*, outro de dilatação – a *diástole*, em cuja operação entra como fator importante à *aspiração torácica.* Estes dois movimentos, que se ajudam reciprocamente, levam e trazem o sangue, através das artérias e veias, ao coração, realizando no seu trajeto uma das mais delicadas operações do organismo.

Se aos gramáticos foi permitido utilizarem-se dessas duas expressões para significar fenômenos da linguagem, figurando como *sístole* o fato de tornar breve uma sílaba longa e *diástole* o fato de tornar longa uma

sílaba breve, não sabemos por que recusar aos juristas as mesmas expressões para significar, com muito maior propriedade, a contração do Direito que se verifica pela *codificação* e a dilatação de suas regras que se manifesta pela *evolução* e *expansão* das normas codificadas.

Mas, uma e outra verificam-se pela exclusiva vontade da sociedade, ou obedecem a uma lei natural que preside a vida do Direito?

Infelizmente, não há ainda, entre os juristas, perfeita conformidade de vistas sobre a questão da conveniência ou não da codificação das leis, o que importa dizer que este dissídio revela o conceito que formam daquilo que chamamos *sístole jurídica* como resultado da vontade do legislador e não como imperativo da própria vida do Direito.

Entendem uns, como em geral os que admiram o caráter plástico da legislação inglesa, que sendo o Direito um instrumento de progresso e por isso devendo acompanhar a humanidade no imenso caminho que a conduz à perfeição, o fato de elaborar *Códigos* importa em criar embaraços à marcha evolutiva do Direito, determinando um dogmatismo entorpecedor do movimento crescente do aparelho jurídico pela fixação de regras e princípios que assumem um caráter imutável.

Entendem outros, ao contrário, como acontece aos que acompanham o progresso do Direito no século XIX, devido, principalmente, à publicação do Código Civil francês, que não só a codificação afeta a evolução do Direito, como também realiza a sistematização e coordenação das leis, removendo dificuldades próprias das legislações esparsas e impedindo as bruscas transformações do Direito Privado, nem sempre impostas pela necessidades sociais, porém, muitas vezes, sugeridas e realizadas com prejuízo da própria sociedade.

Jean Cruet,[8] estudando a lei e a sua influência sobre a sociedade, faz girar todas as suas observações em torno deste princípio – *Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade.*

Não há negar que esta frase contém uma verdade flagrante e, se assim é, se a sociedade é quem reforma a lei, naturalmente consultando

---

8 *A vida do direito e a inutilidade da lei.* Perdoe-se-nos a freqüente invocação deste princípio: as verdades são mesmo assim, precisam ser freqüentemente repetidas.

o seu interesse, não compreendemos em como possa ser obstáculo a essa função o fato de estarem reunidas as leis em um só corpo, formando um sistema de doutrinas.

Os princípios são criados para regular as relações e Jhering, com aquela intuição filosófica que caracteriza os seus estudos jurídicos, já disse que os princípios – "*não constituem simples categorias lógicas, são a concentração das regras materiais e as regras mudam com as relações*".

A renovação do Direito, em Roma e em toda parte, é um fenômeno constante, principalmente quando se trata de Direito Privado, e quem a realiza, em regra, é a jurisprudência, solicitada pelos casos particulares: é uma demonstração da *diástole*, que mais tarde se traduz na necessidade da *sístole* correspondente.

Mas, como se poderá demonstrar a existência de uma *sístole* e de uma *diástole* no organismo do Direito Romano?

Deixando de parte as várias manifestações de caráter particular da contração e da dilatação do Direito, por isso que estas representam a pequena circulação, para examinar somente as de caráter geral, podemos dizer que, em regra, a *sístole* determinava a codificação de "*Leges*" e a *diástole* o desenvolvimento do "*Jus*".

Assim, as grandes manifestações da *sístole* foram: a *Lex Papiria* ou *Jus Civile Papirianum*, a *Lex Duodecim Tabularum*, o *Edictum Perpetuum* de Salvius Julianus; o *Codex Gregorianus*, o *Codex Hermogenianus*, o *Codex Teodosianum*, o *Codex Vetus*, o *Codex Repetitoe Proelections*, o *Epitomi Juliani;* as grandes manifestações da diástole foram os *Jus Flavianum*, o *Jus Aelianum*, o *Jus Civile*, o *Jus Honorarium*, o *Jus Gentium*, o *Jus Naturale*, a *Aequita.*

A *Lex Papiria*, ou *Jus Civile Papirianum*, não obstante a afirmação de Mommsen em contrário, continha disposições sobre os *Sacra* e *Leges Regioe*, regulando ao mesmo tempo, o *Fas* e o *Jus*. A coleção das leis de Rômulo e Numa, atribuída a Sérvio Túlio, chamadas *Leis Servianas* não se perderam, como afirma um historiador, mas, sim, nunca existiram, como diz Krüger.

A legislação da realeza, posto que rudimentar, deveria ser, como foi, moldada no interesse do patriciado: a reação da plebe, que chegou à retirada para o *Monte Sagrado* e determinou a criação do Tribuno Plebeu e

a promulgação da célebre *Lex Terentilla*, parece-nos a prova decisiva de que a legislação, até então em vigor, era antes um acúmulo de privilégios do que propriamente um conjunto de regras gerais.

A lei das XII Tábuas foi a máxima entre as maiores manifestações da *sístole* do organismo jurídico romano e a *diástole* respectiva se encontra no Jus Civile, cujo desenvolvimento mais se acentuou depois que foi instituído, por Augusto, o chamado *Jus Respondendi*.[9]

O *Edictum Perpetuum* de Salvius Julianus foi a segunda manifestação da *sístole* pela contração das regras do direito pretoriano e a *diástole* correspondente foi o prodigioso desenvolvimento dos *Jus Honorarium*, principalmente depois do chamado *Jus Edicendi*.[10]

A *sístole* operada pela Lei das XII Tábuas e pelo Edito Perpétuo de Salvius Julianus e a *diástole* operada pelo gênio de Q. Múcio Scaevola, Labeo, Capito, Nerva, Sabino, Próculo, Pompônio, Gaio, Papiniano, Júlio Paulo, Ulpiano e Modestino, como que revelaram a distinção dos glóbulos brancos e vermelhos do elemento nutritivo do organismo jurídico dos romanos, distinção que mais tarde Justiniano levou à última generalização com a confecção das *Pandectas* e do *Código Repetitae Proelectionis*, separando *Jus* e *Leges*, mas, subordinando as suas funções, em recíprocas dependências, ao mesmo aparelho circulatório.

Detenhamo-nos um pouco no estudo do Direito que se organizou entre a Lei das XII Tábuas e o Edito Perpétuo.

Observa Pietro Cogliolo, nesse preciosíssimo livro *Filosofia do Direito Privado*,[11] que no desenvolvimento do direito sucede o que sucede nos organismos e em todos os fenômenos do mundo: de um lado vai desaparecendo a primitiva homogeneidade, as funções tornam-se mais particulares e distintas, os órgãos adquirem, cada um, uma fisionomia própria, as diferenças, ainda diminutas, aumentam e a massa se divide em partes

---

9 Ensina Pompônio – *Dig. De orig. juris.* – L. 1°, T. 2°, fr. 1° § 48, que foi o célebre Massurius Sabinus o primeiro jurisconsulto de ordem eqüestre a quem o Imperador concedeu o *jus respondendi.*

10 ...*adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis propter* utilitatem publicam, diz Papiniano (*Dig.* – L. 1°, T. 1°, fr. 7).

11 § 3° – A origem e a natureza do fenômeno jurídico.

diversas e aperfeiçoadas; de outro lado e contemporaneamente, advém a coordenação em conceitos gerais, os vários ofícios cooperam para um fim complexo, o sistema se desenvolve e reúne a multiplicidade das coisas em princípios vastos e superiores. É o que se dá com as normas jurídicas: com o progresso crescem em número e provêm a todos os casos, mas, ao mesmo tempo, tornam-se mais gerais e mais compreensíveis e reduzem-se a alguns princípios fundamentais, de sorte que cada uma delas se liga com as outras e se torna mais harmônico o *consensus* de todas.

A verdade deste conceito encontramo-la palpitante na formação do *Jus Civile* e do *Jus Honorarium* dos romanos, dando ambos lugar à formação dos *Jus Gentium* e do *Jus Naturale*, por uma espécie de coordenação de preceitos particulares reguladores das relações entre homens da mesma sociedade política, e de preceitos gerais reguladores das relações entre homens de sociedades políticas diversas e, ainda mais, em um ponto de vista superior, considerando o homem como humanidade, como sucessão de todos os homens durante a larga série de séculos, fórmula de Platão, adotado por Pascal, de que serviu Augusto Comte para um dos seus *idealismos* fundamentais na construção da sua filosofia *positiva*.

O velho Direito Romano – dizia Tobias Barreto – o orgulhoso *jus civile romanorum*, era uma espécie de muralha inacessível ao estrangeiro. Mudaram-se, porém, os tempos, as condições de existência do grande povo, e fez-se então precisar dar entrada a novos elementos de vida. A idéia do *Jus Gentium* foi o primeiro passo para uma *desnacionalização* do direito. A exigência fundamental do *Jus Civile* fazia depender da *civitas romana* a participação de suas disposições. Era uma base muito estreita, que só podia agüentar o edifício político de um povo guerreiro e conquistador. Mas, essa base alargou-se e em vez da *civitas* o senso prático de Roma lançou mão do princípio de *libertas*, como fundamento de sua nova vida jurídica. Já não era preciso ser *cidadão romano*, bastava ser *homem livre* para gozar das franquias e proventos do direito.

Não ficou, porém, aí. A cultura romana, tornando-se cultura greco-latina, pela invasão e influência do helenismo, cuja mais alta expressão foi a filosofia, recebeu em seu seio um grande número de idéias, então correntes, sobre a velha trilogia: Deus, Homem e Natureza. Este último conceito, principalmente, mostrou-se de uma elasticidade admirável. A

filosofia de Cícero lhe deu feições diversas. Não só a *natura,* mas também a *lex naturoe,* a *lex naturalis,* a *ratio naturalis,* a *ratio naturoe,* representam nos seus escritos um importante papel.[12]

Certo, a distinção entre o *Jus Gentium* e o *Jus Naturale* era quase imperceptível. No desenvolvimento da idéia de um Direito Natural, principalmente depois dos escritos dos grandes jurisconsultos da época clássica, a noção da *natura* foi profundamente perturbada pelo conceito da *Aequitas,* e da própria *libertas.* Cícero,[13] Gaius,[14] Ulpianus,[15] e o próprio Justinianus,[16] não faziam distinção clara e precisa entre o *Jus Gentium* e o *Jus Naturale* e a não ser quando tratavam da escravidão, considerando a instituição daquele, mas, repelida por este, não encontramos nos textos das leis, nem na lição dos Prudentes, senão uma perfeita identidade entre ambos. De forma que podemos dizer, como diz um notável romanista alemão, a teoria do Direito Natural era, para eles, antes um objeto de luxo e brilho do que uma noção prática e suscetível de aplicação.[17]

O Direito Romano, prático e útil, que se perpetuou nas legislações de quase todos os povos, é o Direito Romano que se encerra no período que vem da Lei das XII Tábuas até o Código Teodosiano, melhorando e transformando, pela ação eficaz dos grandes jurisconsultos e pela influência das idéias cristãs. É nesse Direito, codificado mais tarde por Justinianus, que o analista atento pode perceber os fenômenos *morfológicos, anatômicos* e *fisiológicos* que autorizam o estudo comparativo com o corpo humano.

---

12 *Estudos de Direito* – pág. 343.

13 *De Officiis* – Lib. III, n. V. – *Illud natura non patitur ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes, angeamus. Neque vero hoc solum natura, id est jure gentium, sed etiam legibus populorum quibus in singulis civitatibus respublica continetur, eodem modo constitum est, ut non leceat sui commodi causa nocere alteri...*"

14 *Institutionts – Comm. Prim. – Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium".*

15 Vêja-se Savigny – *Syst. de Dr. Rom.* – vol. 1°, app. 1°

16 *Institutiones* – L. 1°, T. 2° § 11 – *Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur...*" e L. 2°, T. 1° § 11 –*...quarumdam enim rerum dominium nancissimur jure naturali, quod sicut diximus, apellatur jus gentium...*

17 Paulo Krüger – *Derecho Romano* – pág. 114.

Forma exterior e aspecto juvenil nas XII Tábuas; desenvolvimento muscular e mobilidade espontânea dos adolescentes, no *Jus Flavianum* e no *Jus Aelienum*, poder fecundante e atividade prolífera na ação viril do *Jus Honorarium* e da jurisprudência da época clássica; decadência no período que vai da morte de Alexandre Severo até Constantino; decrepitude, reunião de forças, luta pela vida prestes a desaparecer com a reação operada pelos Códigos Gregorianus, Herogenianus, Theodosianus e pela codificação geral de Justinianus. E para não fugir à feliz concepção de Gibbon, teve até as fantasias da juventude com a idéia de um Direito Natural, espécies de esponsais com a filosofia helênica, mas que não chegaram a conduzir os noivos ao templo de Júpiter Farreus para o banquete da *Confareatio*.

Na Lei das XII Tábuas deu-se a concentração de regras elementares que vinham sendo assentadas pela ação espontânea dos costumes e pela influência da legislação grega de Sólon. Pelo menos as dez primeiras Tábuas revelam essas regras elementares e essa influência da legislação estrangeira.[18] As duas Tábuas suplementares como que desvirtuaram a magnitude do trabalho da primeira Comissão Decenviral e determinaram a reação que desde logo se fez sentir com a publicidade dos *dias fastos* e *nefastos* e dos *preceitos das ações*, o que até então constituía um segredo impenetrável.

Começaram a aparecer cultores do Direito; a *interpretatio* e a *disputatio fori* iam, ao mesmo tempo, corrigindo o Direito antigo e criando Direito novo. As assembléias populares e as do patriciado faziam as leis e o *Jus Civile* adquiria novos elementos de progresso.

Mas, paralelamente o Pretor Urbano e o Pretor Peregrino, principalmente, iam estabelecendo novos princípios jurídicos nos seus Editos, perpétuos, ânuos ou repentinos, que, em regra, tinham uma parte *translatitia*, formando-se assim o *Jus Hononrarium*, que tomou um extraordinário desenvolvimento depois da codificação operada por Salvius Julianus no tempo do Imperador Adriano.

Eis aí os dois fenômenos – a *sístole* – manifestando-se com a máxima evidência na Lei das XII Tábuas e no Edito Perpétuo, – a *diástole*, – provocada pela *interpretatio* e pela *disputatio fori*, na ação conjunta e progressista dos advogados e dos juízes.

---

18 Veja-se T. VI deste L.

Cada classe de princípios jurídicos que se formava pela contração em normas fixas e precisas, depuradas de todas as doutrinas que vinham entravando a síntese final, constiutía-se, desde logo, em novo ponto de partida para a dilatação dos princípios pela análise paciente e pertinaz dos grandes jurisconsultos e dos grandes magistrados.

A *diástole* nunca se fez sentir com maior largueza do que durante os 118 anos que decorreram entre o governo de Adriano e o de Alexandre Severo. Juvencius Celsus, com os seus *Commentarri e Questiones*; Salvius Julanus com o seu *Digesto*, que é a consolidação dos seus melhores trabalhos; Pomponius, cujo *Liber Singularis Enchiridii* revelou a história do Direito antigo; Cecilius, o grande comentador de Quinto Mucius Saevola e Sabinus; Mecianus, o ilustre professor de Marco Aurélio, e a plêiade brilhante dos Gaius, Marcellus, Papinianus, Paulus, Ulpianus e tantos e tantos outros, cujos trabalhos são a revelação iniludível da grandeza de Roma e da superior inteligência da raça latina, constituíram, por assim dizer, os elementos de propulsão no movimento do sangue vigoroso no organismo jurídico da Cidade Eterna.

Depois da morte de Alexandre Severo, o Direito, em Roma, entrou em um período de verdadeira miséria fisiológica. O estoicismo de Zenon, que, no século anterior, vinha fazendo adeptos e chegava até ao trono com esse divino Marco Aurélio, preparava o caminho para a maior conquista da cultura humana. O livro dos *Pensamentos* desse Imperador filósofo revelava o espírito melancólico de um crente, a alma virginal em que se percebia, no fundo da doutrina estóica, o reflexo puríssimo da alma de um cristão.

E, coisa notável, enquanto o gênio romano, fundamentalmente jurídico, se despreocupava do Direito como que solicitado por idéias mais elevadas, a obra dos grandes jurisconsultos e dos grandes legisladores, que vinha tornando Roma universal, começou a receber o influxo dessas idéias.

A *Civitas* já muito pouco valia, a *Libertas* tomava uma nova feição e a *Natura* transformava-se em causa suficiente do fenômeno jurídico.

Assim como de Augusto até Adriano o *Jus Civile* teve a seu lado uma espécie de preceptor – o *Jus Honorarium* –, este e aquele, depois de Constantino até Justiniano, tiveram um grande Mestre, preparando-lhes

o advento da codificação integral, sob a influência da fraternidade e do amor.

Este Mestre, não é preciso dizê-lo, foi o Cristianismo.

A *agnatio* e o *cognatio* perderam a razão de ser na lei e na doutrina, porque o parentesco jurídico ficou sendo o mesmo parentesco natural, sem distinções de linhas, masculinas e femininas.

A *tutela* deixou de ser um privilégio dos homens para assumir um caráter de uma ficção de paternidade, cujos deveres passaram a ser exercidos pela Mãe e pela Avó, com a renúncia do Senatusconsulto Veliano.

A mulher, que em outras épocas, pela *Confarreatio*, pela *Coemptio* e pelo *Usus*, era o tipo de subalterno, objeto de posse do marido, elevava-se à dignidade de sócia da família; a *Confarreatio*, que era a forma primitiva da *conventio en manum*, transforma-se em bênção de Deus; a *Coemptio*, que era a compra da mulher *per oes et libram*, em que ela mesma pronunciava as célebres palavras – *ubi tu gaius ibi ego gaia* –, modifica-se em dote; o *Usus*, que era a posse e a propriedade do marido sobre a mulher, fazendo desta, objeto da *usucapio*, perde a feição de um fato regulado pelo Direito, para torná-la a doce companheira que faz o encanto do lar e o exemplo das virtudes domésticas para o orgulho dos descendentes.

A *boa-fé* entra como elemento substancial dos contratos e da aquisição de direitos pela prescrição; a *honra das pupilas* é resguardada contra a incontinência dos tutores; a *orfandade* ouve da lei e dos magistrados – *"sinite parvulos venire ad me"* – ; os *encarcerados* recebem o consolo e a visita das autoridades; os *escravos* recebem indulgência dos próprios senhores e a alma vigorosa e forte do grande povo, iluminada por *Jesus Cristo*, enche-se de paz, de fraternidade e de amor, eleva-se a imensa altura e penetra na Idade Média, contemplando os vastíssimos horizontes da Terra do cimo dos dois maiores monumentos de sabedoria divina e humana: a *Bíblia* e o *Corpus Juris Civiles*.[19]

---

19 Sobre a influência do Cristianismo na formação e desenvolvimento do Direito Romano, a partir do governo do Imperador Constantino Magno, veja-se Liv. II, Título IV.

. . . .

Título VI

JUS CIVILE PAPIRIANUM – LEX DUODECIM TABULARUM

A FUNDAÇÃO DE ROMA E A REALEZA. O *JUS CIVILE PAPIRIANUM* E SEUS ELEMENTOS COMPONENTES. O *FAS* E O *JUS*. OPINIÕES DE THEODORO MOMRNSEN E DE PAULO KRÜGER *(SACRA, LEX DIVINA; LEGIS REGIOE, LEX HUMANA)*; O *COLÉGIO DOS PONTÍFICES* E A *COMPILAÇÃO DE ANCA MÁRCIO*. O TEXTO DE POMPONIUS E OS VESTÍGIOS DO PRINCÍPIO RELIGIOSO NO SISTEMA DO *FAS* E DO *JUS*, SEGUNDO R. VON JHERING. AS *LEIS SERVIANAS:* SUA REVOGAÇÃO E RESTABELECIMENTO. A *LEI DAS DÍVIDAS* E AS LUTAS ENTRE PATRÍCIOS E PLEBEUS. A DITADURA DE MÂNLIO VALÉRIO; A RETIRADA PARA O *MONTE SAGRADO* E O *TRIBUNATO DA PLEBE*. CAIO TERÊNCIO ARSA E A *LEX TERENTILLA*. A ORGANIZAÇÃO DA *LEI DAS XII TÁBUAS;* A EMBAIXADA À GRÉCIA EM BUSCA DE SUBSÍDIOS. OS *DECÊNVIROS*, COMO EXERCIAM SUAS FUNÇÕES E COMO COMPUSERAM AS *XII TÁBUAS*. AS FONTES DA GRANDE *LEI:* TITO LÍVIO, POMPÔNIO E VICO. OS SUBSÍDIOS DE LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS; O *CÓDIGO DE HAMURÁBI*, AS *LEIS DE MANU*, AS *LEIS DE BOCCHORIS*, O *CÓDIGO DE AMASIS* E AS *LEIS DE SÓLON*. HERMODORO DO ÉFESO E A TRADUÇÃO DOS TEXTOS DO *CÓDIGO DE AMASIS*. HERÓDOTO, E AS SUAS REFERÊNCIAS À LEGISLAÇÃO DO *REI EGÍPCIO*. – COMPARAÇÃO ENTRE VÁRIOS TEXTOS DAS *XII TÁBUAS* E DAS *LEIS DE BOCCHORIS* E DO *CÓDIGO DE AMASIS*. CONTRASTES. CONCEITO QUE OS ROMANOS FAZIAM DAS *XII TÁBUAS*. RESTABELECIMENTO DO SEU TEXTO. EXCERTOS EXISTENTES E COORDENADOS POR GODOFREDO, DIRKSEN E HAUBOLD. INFLUÊNCIA DAS *XII TÁBUAS* NA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ROMANO. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O GRANDE MONUMENTO LEGISLATIVO.

JUS CIVILE PAPIRIANUM – Não há povo da Antiguidade que não tenha a história de sua primitiva constituição envolvida em um verdadeiro tecido de fábulas mais ou menos engenhosas, porém, sempre reveladoras

da inteligência fantasista ou prática de cada um. A história da origem de Roma e da constituição do seu primitivo governo não contraria a regra.

Numitor, rei de *Albalonga,* descendente de Enéias, foi destronado por *Amulios,* seu irmão. Tinha uma filha de nome *Rea Sílvia,* vestal do templo sagrado, que concebeu do deus *Marte* dois filhos gêmeos, *Rômulo* e *Remo,* os quais foram expostos nas margens do *Tibre,* por ordem do cruel Amulius, e, aí, amamentados por uma *loba* e educados pelos pastores da circunvizinhança. Os gêmeos cresceram, restituíram ao avô o trono de *Albalonga* e fundaram a cidade de *Roma,* no lugar que o avô lhes concedera, à margem esquerda do *Tibre.* A *cidade eterna,* cercada de fossos e protegida por muros, teve o seu pedestal argamassado com o sangue de *Remo,* assassinado por seu irmão em uma contenda, naturalmente motivada pelo desejo da posse exclusiva do poder.

Vieram depois, como chefes do governo, *Numa Pompílio* (sabino), *Tulluss Hostilius* (latino), *Ancus Martius* (sabino), *Tarquinius Priscus,* o antigo, *Servius Tullius* e *Tarquinius,* o soberbo (etruscos).

"Sempre que nas recordações de sociedades antigas, que pertencem às raças com as quais temos alguma afinidade, tropeçamos com um personagem que se pareça com o que chamamos '*um rei*', encontramo-lo quase sempre associado à administração da justiça. Comumente é muito mais que *juiz;* é quase sempre general ou *chefe militar,* e constantemente *sacerdote,* se é que não é *grande sacerdote.* Porém, seja o que for, raro é que não seja *juiz,* por mais que suas relações não sejam exatamente aquelas com as quais estamos hoje familiarizados."[1]

O *Jus Civile Papirianum* data desses tempos nebulosos em que, a história se faz, em sua maior parte, por conjecturas, mais ou menos justificadas, quando não resulta de manifesta fantasia.

Pomponius[2] ensina que no tempo de *Tarqüínio,* o soberbo, as leis promulgadas pelos reis foram transcritas no livro de *Sextus Papirius,*

---

1 Summer Maine – *EL Antiguo Derecho* – cap. VI – "La realeza y la administración de la justicia civil" – pág. 142.

2 Cit. *Dig. – de orig. jur.* – L. 1º, T. 2º, § 2º. – *"Tulerant et sequentes reges: quoe omnes conscriptae existant in libro Sexti Papirii: qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. Is liber, ut diximus, appellatur jus civile Papirianum: non quia Papirius de suo quicquam ibi adjecti, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit."*

chamado *Jus Civiles Papirianum,* não porque *Papírio* lhe adicionasse alguma coisa de seu, mas, porque reuniu, em um só corpo, aquelas leis que andavam esparsas, sem ordem. E, quando trata dos jurisconsultos de reconhecida reputação, diz que o primeiro sábio foi *Publius Papirius,* que reuniu as leis régias.[3]

Começa, logo aqui, a dúvida sobre o verdadeiro nome de *Papirius:* se *Sextus* ou *Publius,* como o chama Pomponius, ou, ainda, se *Marcus, Manius, Caius* etc; como querem outros historiadores.[4]

Posto que sem importância, esta dúvida mostra, todavia, a escassez dos elementos de que dispomos e a pobreza da história para bem avaliar da verdade do que ocorreu em relação à codificação operada por *Papirius.*

Tudo quanto de positivo podemos colher nessa história deve ser posto em observação rigorosa e somente aceito o que, como tal, foi aceito pelos historiadores da República e do Império, de reputação firmada.

Daqui, pois, parece que, no tempo do rei *Tarqüínio,* o soberbo, entre os *pontifices maximi* houve um – *rex sacrificulus,* – o de maior autoridade, chamado *Papirius,* a quem era confiada à missão, duplamente sagrada, de presidir as cerimônias do culto e da distribuição da justiça.

A esse tempo a luta judiciária iniciava-se por um *sacramentum* e a função pública de resolver litígios era também uma função sacerdotal. Privilégio de uma classe, essa função tinha sua razão de ser na tradição de costumes antiquíssimos e o julgamento, por isso, que partia de um *sacramentum,* obedecia a um ritual aparatoso, parecendo que os Deuses pene-

---

3 Loc. cit. – § 36 – *"Fuit autem in primis peritus Publius Papirius, qui leges regias in unum contulit."*

4 Dionísio d'Halicarnasso, por exemplo, chama-o *Caius,* afirmando que a expressão *"lin libro Sexti Papirii",* de que usa *Pomponius,* deve ser lida – *"in libro sexto",* isto é, que, dos 6 livros escritos por *Papirius* o *6º* era exatamente o que tratava das regras de direito ou *Jus Civile,* ao passo que os outros livros tratavam dos rituais e se denominavam – *mos ritusque sacrorum.* Krüger sustenta que o nome *Sexto* não podia ser o do codificador, porque tal nome *não* era corrente entre os membros da *gens Papiria.* E, perguntamos, *Publius* não teria sido um engano de qualquer copista, que vendo escrito *"Jus Civile P. P.»,* entendesse que o primeiro *P.* correspondia a *Publii* e o segundo a *Papirius,* quando, na verdade, aquelas duas letras nada mais são do que uma abreviatura *de – PaPirius?*

travam nos textos das leis e no conteúdo das decisões para dar-lhes maior força e autoridade.

As relações da vida jurídica eram reguladas por tríplice ordem de princípios: a do Direito *Consuetudinário,* que se manifestava pelos *mores majorum,* a do Direito *Sagrado* ou de *ritu sacrorum* e, finalmente, a das chamadas *Leges Regioe.*

É hoje uma verdade, que já se não põe em dúvida, que, em Roma, nos tempos primitivos, o *direito adjetivo* precedeu ao *direito substantivo:* do processo é que, em regra, surgiam a *norma* e a *coação* correspectivas, para o equilíbrio ou ordem jurídica.

A multiplicidade de decisões, explicativas do Direito consuetudinário, das leis reais e do Direito de outros povos, principalmente egípcio e grego, por um lado, e o complicado aparelho das solenidades religiosas, por outro lado, foram, naturalmente, dificultando a boa marcha dos negócios da justiça e por tal forma que *Papirius,* para poder bem desempenhar sua missão, julgou imprescindível reunir, em um só corpo, tudo quanto estava em vigor nas três ordens de princípios jurídicos a que aludimos, mesmo porque o Direito, como o corpo animal, tem seu aparelho circulatório e nele realiza a *sístole* e a *diástole jurídica,* que se manifestam pela *codificação* e pela *evolução* dos princípios jurídicos.[5] Foi daqui que surgiram os *seis* livros do *Jus Papirianum,* dos quais os *cinco* primeiros tratavam – *De ritu Sacrorum* – e o *sexto* do – *Jus Civile.* Ali, o *Fas (sacra, lex divina);* aqui, o *Jus (leges regioe, lex humana).* O *consuetudinário* era o *instrumento* da evolução.

Embora isto pareça muito razoável, nem todos os romanistas estão de acordo na determinação das matérias de que se compunha o Código de *Papirius.*

Theodoro Mommsen[6] pensa que o *Jus Papirianum* não continha disposições sobre *sacra,* salvo aquelas que ofereciam interesse imediato aos particulares; ao passo que Paulo Krüger[7] entende que o trabalho de *Papirius* não passava de uma coleção de regras referentes aos *sacra.*

---

5 Vide Liv. 1º, T. V. – "Codificação e evolução do Direito Romano".

6 *Derecho Público Romano* – trad. Dorado – L. II, Cap. II, págs. 149 e seguintes.

7 Cit. *Hist. Fuentes e Litt. del Derecho Romano* – § 1º, págs. 7 e 8.

Parece que ambos não têm razão. É indiscutível o influxo exercido pelos *Pontífices* na formação e desenvolvimento do Direito Romano, público e privado, e principalmente do Direito Judiciário. É o próprio Mommsen quem no-lo diz: "Sem dúvida a organização do *Calendário,* desde logo dirigida à santificação dos dias festivos, e o assinalamento dos dias *fastos* e *nefastos* foram, realmente, atribuições do *Colégio dos Pontífices,* ainda quando as vacilantes disposições que para ele serviam de base principal fossem fixadas juridicamente pelos magistrados e os prazos processuais se contassem, seguramente, também, levando em conta a data de cada dia. Porém, o que é certo é que a formação do direito privado dependia do *Calendário* na mesma pequena medida que dependia da entrega das multas do vencido em Juízo à Caixa do sacerdócio. A suposição de que o *Colégio* foi, em geral, o depositário da tradição não só no tocante ao direito divino, como também em relação às normas gerais do Direito, e de que esse *Colégio* chegou a ter faculdade para declarar qual era o Direito vigente, não se compadece com a conduta adotada pela magistratura da República, que afastou os sacerdotes dos assuntos profanos e também com os vestígios que sobre isto tem chegado até nós. A fonte do direito privado foi, essencialmente, a faculdade que tinham os magistrados de redigir *editos;* o *Colégio pontifício* não careceu dessa faculdade, pois, de editos redigidos por ele mesmo, cujo conteúdo fosse de direito privado, não nos ficou o menor exemplo."

Se o *Colégio dos Pontífices,* corporação da máxima importância no tempo da realeza, não tinha autoridade para ocupar-se com o direito privado, mas, somente com o chamado *jus pontificiium,* como admitir que *Papirius,* o *Rex sacrificulos* dessa corporação, se desse ao trabalho de colecionar disposições legais que somente ofereciam interesse aos particulares, em vez de colecionar aquelas que se referiam aos *sacra?*

A opinião de Mommsen, portanto, não pode justificar-se em face do que ele mesmo nos diz em relação ao influxo exercido pelos *Pontífices* sobre a organização do Direito e do processo privados. É uma opinião radical, que se não compadece com a ordem natural das coisas, como aquele raciocínio está demonstrando.

Outra opinião radical é a de Krüger, que, fundado em Tito Lívio e Dionísio d'Halicarnasso, sustenta que o *Jus Civile Papirianum* é a com-

pilação que *Anco Márcio* fez escrever sobre tábuas de madeira e expor ao público, contendo as prescrições relativas aos *sacrifícios* insertas por *Numa* em seus *Comentários,* as quais, tornando-se ilegíveis, foram novamente publicadas pelo *Pontifex Maximum – C. Papirio,* – depois da expulsão dos reis.

Alude também o sábio romanista à passagem de Tito Lívio, relativa ao incêndio da cidade, ateada pelos galos, que ocasionou a perda da maioria das leis compreendidas nos *Commentarii Pontificium* e em outros documentos públicos e privados; inclusive as *Leges Regioe,* e que o Senado, depois de livre a cidade, fez recolher todos os textos das antigas leis, que pôde encontrar, publicando-se uma parte da coleção, assim formada, porém, conservando-se em segredo, pelos *Pontífices,* as regras referentes aos *sacra.* E embora admita que o *Jus Papirianum* continha *Leges Regioe,* restringe estas às que tratavam ou dispunham sobre os *sacra,* sobre o *ritual dos sacrifícios* e sobre as matérias *correlatas,* como o *divórcio,* as *injúrias de fato contra os pais,* a *violação da fé entre patronos e clientes, exposição e morte das crianças, variação de limites, parricídio por oposição a homicídio voluntário, enterramento de matizar grávida,* etc.

Também esta opinião não nos parece aceitável, por que, se a coleção tratasse exclusivamente de *coisas sagradas,* as leis relativas aos limites da propriedade não poderiam fazer parte dela, pois, ao tempo dos *Tarqüínios,* já se distinguia, em Roma, a propriedade pública, da propriedade privada, por já se haver operado a evolução do povo, de *pastor* para *agricultor* e já se praticar largamente a *mancipatio.*

Pomponius[8] afirma que a ciência de interpretar *todas as leis e as ações* competia ao Colégio dos Pontífices, dos quais um era nomeado em cada ano para tratar dos negócios privados (dos particulares) e este costume foi mantido pelo povo perto de cem anos.

Este trecho do notável autor do *Liber Singulari Enchiridii* serviu de motivo ao grande von Jhering para escrever aquelas preciosas páginas que se encontram no *Espírito do Direito Romano* e nas quais trata das três

---

8 Cit. – *Dig.* – de orig. jur. – § 6º, *in fine* – *"Omnium tamem harum et interrpretandi scientiae, et actiones, apud collegium pontificum erant: ex quibus constituebatur, quis quoquo anno proeesset privatis: et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est."*

autoridades sagradas, cuja origem se atribui a Rômulo, Numa e Aucus Martius, isto é: os colégios dos *áugures,* dos *pontífices* e dos *lances*[9]. Depois de mostrar como estes contribuíram para a formação do Direito Romano, a par dos outros elementos, entre os quais se não deve desprezar *"o caráter essencial do* espírito *romano, sua predestinação para a cultura do direito",* objeto do estudo final do seu primeiro volume, o sábio professor de Goetting sustenta que o Direito Romano contém grande cópia de vestígios do princípio religioso e resume no quadro seguinte, colocando, um em frente ao outro, os sistemas *religioso* e *profano.*

	Sistema religioso:	Sistema profano:
	Fas	*Jus, vis.*
Símbolo:	*aqua et ignis*	*Hasta (quiris). Manas.*
Representante:	Numa	Romulus
Matrimônio:	*Conjarreatio* (*fax, aqua, ignia*)	*Coemptio* (*hasta coelibaris*).
Contrato:	Juramento: *sacramentum, sponsio, foedus.*	Garantia popular: *mancipatio, nexum*
Processo:	*legis actio sacramento.*	Justiça privada: *vindicatio, manus injectio, etc.*
Direito Penal:	*homo sacer* A pena meio de purificação.	*Vindicta publica.* A pena meio de composição.

Até aqui, embora as instituições sociais estejam em uma interdependência evidente, já se vai notando a separação do sistema *religioso* do sistema *profano:* o *Fas,* dominador outrora, vai se isolando, restringindo o campo de sua ação, pela separação e autonomia do *Jus.*

A independência completa se não fez, nem se poderia fazer, ao tempo da realeza, por uma razão muito simples: o rei, como autoridade *máxima,* era, ao mesmo tempo, o chefe do poder *civil,* o chefe do poder *militar* e o chefe do poder *religioso.* Os atos legislativos que dele emanavam

9 Vol. 1º, ns. 22 e 23, págs. 338 *usque* 353.

como que recebiam a força e a autoridade do *tríplice poder* que desempenhava.

Só com a proclamação da República foi que se compreendeu a necessidade da divisão de funções públicas: a criação de *dois cônsules* é, a nosso ver, uma prova deste acerto.

Sendo assim, não podemos compreender como se possa contestar, com probabilidade de convencer, a afirmação de Pomponius de que o *Jus Civile Papirianum* se compunha de *leis curiatas,* promulgadas desde Rômulo até *Tarqüínio,* o soberbo, as quais, tratavam, em regra, de *Fas* e de *Jus,* conjunta ou separadamente.

Convém, todavia, não esquecer que alguns romanistas põem em duvida o ter sido o *Jus Civile Papirianum* organizado antes da *Lei das XII Tábuas,* isto é, durante o governo de *Tarqüínio,* o soberbo, – (anos 220 a 244, da fundação de Roma), pois, sendo a primeira referência a essa compilação feita por *Grânio Flaco,* que escreveu um *Comentário* sobre ela, ao tempo de Cícero (40 a 50 anos antes de Cristo), nada se pode colher de tal comentário, se as *Leges Regioe,* que figuraram nas *XII Tábuas,* foram retiradas da compilação papiriana, ou, ao contrário, se foi esta que as retirou daquelas.[10]

Conhecida a aptidão dos romanos para a cultura e organização sistemática do Direito; sabido que este, para seu desenvolvimento e aperfeiçoamento, tem de realizar, contínua e incessantemente, dupla operação – a *sístole* e a *diástole* –, dando-se, assim, uma função fisiológica precisa; assentado que o grande valor desse povo tinha por causa principal a *oportunidade* na ação, que, por sua vez, era indicada pelo *egoísmo* nacional, não parece lógico admitir que durante todo o período da realeza, pelo menos 245 anos, nenhum sinal ou manifestação de *sístole jurídica* se houvesse dado e que a evolução social se operasse no meio da indiferença pelo Direito.

Estas considerações mostram, a nosso ver, que razão têm aqueles

---

10 V. gr. a extinção do pátrio poder pelo fato de três vendas sucessivas do filho-família (Dionísio, 2, 27); a proibição de derramar o vinho sobre a fogueira fúnebre (Plínio, h. n. 14. 12, 88) recorda a *sumptuosa respersio* de que fala Cícero (de *Leg.* 2, 24, 60) com relação às Vestais, Plutarco, *Numa* 10 e Gaio 1, 14, § *5;* Sérvio Eol. 4, 43 e Cícero, *Top.* 17, 64 – Not. 1, pág. 9, de Krüger.

que remontam à organização do *Jus Civile Papirianum* ao tempo do crepúsculo da realeza e admitem que essa compilação contivesse, ao mesmo tempo, *Fas* e *Jus.*

Dionísio d'Halicarnasso ensina que, depois da morte de *Tarqüínio,* o antigo, o governo foi confiado a *Sérvio Túlio,* na qualidade de tutor dos filhos daquele *(Lúcio Tarqüínio* e *Aruns)* e, príncipe modelar, mandou fazer urna coleção das leis de *Rômulo* e *Numa,* que já haviam caído no esquecimento, juntando-lhes umas cinqüenta que havia obtido dos *Comícios curiados,* relativas a *contratos* e *delitos.* Seu sucessor revogou estas leis e mandou destruir as tábuas em que se achavam gravadas, mas os primeiros *Cônsules* restabeleceram-nas.

Estas leis, que se chamavam *servianas,* segundo afirma Krüger, não se perderam, mas, sim, não existiram.[11]

LEI DAS XII TÁBUAS – No ano de 259 da fundação de Roma ocupava o Consulado *Públio Servílio,* que ordenara a mobilização das forças e como a plebe se reacusara a partir para a campanha, alegando a dureza e crueldade das *leis das dívidas,* o Cônsul suspendeu a lei e as forças partiram. Mas, terminada a campanha, voltou a lei a ser executada, dando isto lugar a tantas desordens, que foi necessário eleger um *ditador,* recaindo a nomeação em *Mânlio Valério,* conhecido como favorável às pretensões razoáveis dos plebeus. O *ditador,* desejoso de melhorar a situação e coarctar a avareza dos patrícios, propôs ao Senado a reforma das *leis das dívidas,* mas, sendo-lhe recusada não pôde, todavia, impedir que os plebeus, então em armas, fora dos muros da cidade, abandonassem os seus generais e marchassem sobre *Crustumeria,* no intuito de ali fundar uma cidade. Os patrícios, compreendendo a gravidade da situação, cederam à reclamação e, daqui, a criação dos Tribunos da Plebe e a denominação de *Monte Sagrado* á colina onde se haviam refugiado. Depois dos *Tribunos,* os *Edis,* e começaram as reivindicações populares, cindindo-se o povo em duas porções rivais e hostilizando-se reciprocamente, durante um século, em memoráveis lutas intestinas, como as de *Coriolano,* do *ager publicus,* e tantas outras que ensangüentaram o solo da cidade.

Em 292, dominando o espírito público dupla questão – a *eco-*

---

11 Cit *Hist. F. e Litt.* – § *1º, in fine,* pág. 10.

nômica, que chagará ao máximo, talvez, de sua gravidade, e a *política,* que exigia uma solução pronta e eficaz no sentido de fundir, quanto possível, as duas classes, harmonizá-las nas relações da vida social, e estabelecer regras gerais de Direito, aplacáveis a todos os habitantes da cidade, com as distinções, porém, ainda consideradas legítimas pela própria plebe, o Tribuno *Caio Terêncio Arsa* propôs a abolição do *Tribunado* e a suspensão de todas as *magistraturas,* nomeando-se uma comissão de cinco membros encarregada de redigir novas leis. Esta proposta deu lugar a aumentar a luta entre os dois partidos, até que, modificada em certos pontos, foi, afinal, adotada e convertida em lei, sob a denominação de *Lex Terentilla.*

Por força de disposição desta lei, foi enviada à Grécia uma embaixada, a fim de estudar as *leis de Sólon* e de outros *códigos helênicos* e escolher o que de melhor e mais conveniente houvesse para a situação.[12]

Cumpre, entretanto, lembrar que muitos historiadores põem em dúvida a ida à Grécia de tal embaixada; outros afirmam que, efetivamente, foi a Atenas, porém, nada de útil obteve; e, finalmente, outros sustentam que não só a embaixada foi a várias cidades gregas como também que, de lá, trouxe farta cópia de leis, principalmente de Sólon, que foram aproveitadas na organização das *tábuas decenvirais.*

Não é sem importância, como à primeira vista pode parecer, a solução desta dúvida. Sendo, como é a *Lei das XII Tábuas* a fonte mais acatada do Direito Romano não há negar que a história verdadeira de sua origem interessa fundamentalmente à evolução de todo o Direito.

No estudo das causas determinantes da confecção das *XII Tábuas,* atribuem alguns historiadores à *prisão por dívidas* o motivo capital da revolução plebéia, que forçou o patriciado a aceitar a proposta de *Caio Terêncio Arsa,* e sustentam que a plebe exigia uma nova administração da justiça, assentando, não, exclusivamente, sobre o *Direito Consuetudinário, non scriptum,* e no rigor das formas e usos tradicionais, mantidos despoticamente em poder dos patrícios, mas, sim, em um *Direito Comum* a todas as classes e estabelecido em leis fixas e *escritas.*

A ser assim, pode-se admitir a influência da legislação helênica

12 Esta embaixada compunha-se de três membros: A. Mânlio, P. Sulpício e Sep. Postúmio – Duruy – cit. *Hist. de Rom.* – 1º vol. pág. 87.

na formação da *Lei das XII Tábuas,* porque nada mais natural do que procurar fora de Roma preceitos legais para substituir aqueles contra os quais a plebe vencedora se revoltava.

Entretanto, sabido, como querem outros historiadores, que a *Lei das XII Tábuas* outra coisa não foi senão a forma escrita do Direito que até então se vinha formando, fenômeno de *sístole jurídica,* que depurou o Direito existente dos seus elementos nocivos e concentrou as regras obtidas, consolidando, assim, o Direito genuinamente *nacional,* não parece razoável admitir a influência da legislação grega na confecção do trabalho dos *Decênviros.*[13]

Seja, porém, como for, o que é certo é que, por força da *Lex Terentilla,* as duas classes convieram em que todos os magistrados *(Cônsules, Tribunos do povo,* etc.) renunciassem as respectivas funções, sendo eleitos *dez cidadãos,* da classe dos *patrícios,* que foram chamados *Decênviros,* para exercerem os três poderes do Estado *(legislativo, executivo e judiciário),* competindo o poder a cada um em um dia e revezando-se sucessivamente.

Escolhidos os *Decênviros,*[14] entregaram-se desde logo e com grande dedicação ao trabalho da elaboração das novas leis, parecendo que, sendo *dez* os legisladores, *dez* as primeiras tábuas confeccionadas, funcionando cada um por um dia e revezando-se sucessivamente, coube a confecção de cada tábua a cada um dos legisladores e, por esta divisão do trabalho, em menos de um ano, fizeram *dez tábuas* (ano de Roma de 300), as quais foram aprovadas pelo povo e, gravadas,[15] ficaram expostas

---

13 Haja vista o que a este respeito ensina o profundo Gibbon – (Cit. *Hist. da decad. e da queda do Imp. Rom.* – vol. 2º, pág. 166, cap. 44 (ed. Bouchon) – quando afirma que embora seja difícil acreditar que *patrícios* tivessem feito uma perigosa viagem para copiar modelos de democracia estrangeira e que os decênviros se subordinassem a copiar leis estrangeiras, o que há de semelhante à legislação das XII Tábuas e a de Sólon se pode atribuir às necessidades comuns entre certos povos da mesma origem, como os romanos e gregos que vieram do Egito e da Fenícia. Entretanto, nos grandes traços da jurisprudência pública e privada, os legisladores de Roma e Atenas parecem estranhos ou opostos uns aos outros.

14 A primeira comissão decenviral compunha-se dos seguintes membros: A. Mânlio, Ápio Cláudio, C. Júlio, P. Horácio, P. Séstio, P. Sulpício, Sep. Postúmio, T. Genúncio, T. Romílio e T. Vetúrio.

no *Fórum,* sobre a tribuna *rostra,* em face do Senado. No ano seguinte, ou porque desejassem continuar no poder, ou porque verificassem a necessidade de mais algumas leis, os *Decênviros* organizaram mais duas *Tábuas suplementares,* completando-se, assim, no dizer de Mommsen[16] a organização do *"primeiro e único código de leis em Roma",*

Aqui devemos deter-nos um pouco para examinar uma séria questão de história, que diz respeito às *fontes* em que os *Decênviros* procuraram beber as disposições da *Lei das XII Tábuas.*

Como vimos, historiadores de Roma dizem que os patrícios para contemporizar com a proposta de Caio Terêncio Arsa e, por este meio, arredar a influência dos *plebeus* na formação de uma legislação geral e comum às duas classes, concordaram em que fosse enviada a Atenas e outras cidades helênicas uma comissão de homens competentes para colherem subsídios do Direito Grego, especialmente da legislação de *Sólon.* Por outro lado, Pompônio,[17] fundado em alguns autores, afirma que os *Decênviros* foram ajudados em seu trabalho por *Hermodoro, exilado do Éfeso,* em Roma.

Estamos, pois, diante da afirmação iniludível de dous fatos feita por *cidadãos romanos,* como Tito Lívio e Pompônio, constatando a veracidade da contribuição trazida de Atenas por Mânlio, Sulpício e Postúmio e da colaboração do jônio ilustre nos trabalhos dos *Decênviros.* Entretanto, Vico,[18] dominado, talvez por exagerado patriotismo, contesta aquele primeiro fato,

---

15 Não estão de acordo os historiadores e romanistas relativamente à matéria de que foram feitas as *Tábuas* em que gravaram-se as leis formuladas. Tito Lívio, d'Halicarnasso, Krüger, Demangeat e em geral todos os romanistas afirmam que as *Tábuas* eram feitas de *bronze* ou de *cobre.* Pomponius diz que eram de *marfim* (... *quas in tabulas eboreas...),* sendo que há quem opine que a expressão – *eboreas* – do texto de Pomponius, não foi por ele empregada, mas, sim a palavra – *roboreas* – que significa *madeira de carvalho,* a qual algum copista do *Liber Singulari Enchiridii* transformou em *eboreas.*

16 *Derecho Publico* – loc. cit.

17 Cit. *Dig.* – *de orig. juris* – § 4º.

18 *De universi juris uno principio et fine uno.* – CIV, *6* – *Exagerado patriotismo, sem dúvida,* e só por isto se poderá explicar a negação de um fato que vem atestado uniformemente pelos mais notáveis historiadores e patriotas romanos, como Cícero – *De Legibus* – 2, §§ 23 a 25, – Tito Leio – *Hist. Rom.* – 3, 31 e seguintes, – Pompônio – loc. cit. – Plínio – *Host. Not.* – 34, 5, – Gaius – *Dig.* – fin. – *regund.* – 10, 1, 13 e 47, 22 – D. d'Hallicarnasso, – *Hist.* – 10, § 64, Lydus – *De Magist.* – liv. 1, § 54.

e afirma que os textos das *XII Tábuas* não revelam subsídios de leis helênicas em sua formação, e muitos outros romanistas põem em dúvida a colaboração de *Hermodoro,* porque julgam que era desnecessário aos romanos, já tão versados em leis, recorrerem a um *estrangeiro* para guiá-los ou ajudá-los em tal mister, máxime quando isto importava em um sacrifício do orgulho que eles revelavam em todos os atos que interessavam à pátria.

Nós sabemos que o Direito Romano é fundamentalmente um precipitado da cultura romana; nós sabemos que, como diz Vincenzo Raguza,[19] *"tão podemos separar o antigo romano do seu direito: este se pode dizer encarnado no seu sujeito; toda figura de romano antigo é a estátua, ainda mais que a estátua é a personificação do próprio direito".*

Mas, em nada será diminuído o grande monumento legislativo, assinalando-se, no estudo histórico de sua formação, com as provas sob as vistas, as fontes próximas ou remotas, em que os codificadores foram buscar inspirações para formular os dispositivos que incorporaram à sua maior lei. Ao contrário, com isto será revelada aquela profunda penetração de espírito, ao serviço do gênio criador de princípios fundamentais de Direito, procurando extrair de legislações estrangeiras regras aproveitáveis, e já experimentadas, para adaptá-las às necessidades do tempo e do meio em que deviam ter aplicação.

É verdade histórica, do conhecimento dos juristas, a de que não foram os romanos os criadores de uma legislação sistematicamente organizada e até mesmo de uma legislação codificada. Antes deles, vários povos organizaram seus monumentos legislativos, alguns dos quais, posto que de eras remotíssimas, desafiavam em perfeição às primitivas criações romanas.

Para prova disto, e indicando somente aqueles de que existem excertos demonstrativos de civilização jurídica, basta ver o *Código de Hamurabi,* que vigorou na Babilônia dois mil anos antes das *XII Tábuas,* o

---

19 LE XII TAVOLE – Parte Prima – pág. 21 –: "Chi vuole conoscere l'indole, il carattere, lo spirito del'antico romano, studi ii suo diritto, e parimenti chi desidera conoscere, apprezzare e valutare l'antico diritto studi lo spirito, il carattere, l'indole del romano antico. I due termini ci sembrano strettamente connessi: noi non possiamo separare l'antico romano dal suo diritto: questo si puó dire incarnato nel suo soggetto; ogni figura di romano antico é la statua, anzi piú che la statua, é la personificazione del proprio diritto."

Código de Manu, que apareceu na Índia treze séculos antes de Jesus Cristo, as *Leis de Bocchoris,* cuja promulgação, no Egito, teve lugar 800 anos antes do império romano, o *Código de Amasis,* organizado também para o Egito em 554 antes de Cristo, e, finalmente, as *Leis de Sólon,* formuladas para Atenas e postas em execução em 558 (a. de C.).

Já não temos a menor duvida de que as *Leis de Sólon* e o *Código de Amasis* tiveram grande influência na organização da *Lei das XII Tábuas,* influência manifestada pela comissão a que acima aludimos e pelo exilado político do Éfeso, a que se refere Pomponius, da mesma forma que sobre as referidas *Leis* e *Código* grande influência tiveram os *Códigos de Hamurábi,* de *Manu* e as *Leis de Bocchoris.* De sorte que podemos dizer que dupla influência, direta e indireta, exerceram estes monumentos de legislação estrangeira na elaboração da *Lei Decenviral.*

Entre os monumentos mais antigos que atestam uma certa cultura jurídica, o *Código de Hamurábi* ocupa um lugar proeminente.

Compilado no XXIII século antes da nossa era, pelo célebre rei da Babilônia que lhe deu o nome, compreende 282 parágrafos, ou leis, escritas em estilo breve e claro. No começo deste século, procedendo-se a escavações em *Persépolis,* antiga capital do império dos persas, nas ruínas de *Suza,* hoje chamada *Tschil-Minar,* Morgan descobriu uns blocos de *diorito*[20] contendo as disposições do velho Código. Traduzidas essas disposições por P. Sheil, foram publicadas nas – *Memoires de la Mission en Perse* – e entraram no conhecimento dos juristas.[21] Trata-se de uma

20 Nome de uma rocha composta essencialmente de *feldspato* e de *anfibolito, a* qual se reduz muitas vezes a uma espécie de massa homogênea – Morais – *Dic. da L. Port.* – Verb. *diorito.*

21 Vejam-se os trabalhos de S. Cock – *The Laws of Moses and the Code Hamuraby*; – de Alves de Sá – *Código das Leis de Hamurabi*; de P. Bonfante – *Le Leggi de Hamurabi, Ré di Babilonia,* – de G. Maspero – *Histoire ancienne des Peuples de l'Orient*; – do professor da Faculdade de Direito do Recife Dr. Hercílio de Sousa – *Novos Direitos e Velhos Códigos,* etc. Já estavam escritas estas páginas, quando nos chegou às mãos, por intermédio do Professor Bruno Lobo, um ensaio do Dr. Amazonas de Figueiredo, catedrático de Direito Romano na Faculdade Livre de Direito do Estado do Pará, – sob o título – *A Lei das XII Tábuas e o Código de Hamurábi* – em que o ilustre

compilação de Direito Público e Privado, compreendendo matéria *processual, penal, administrativa, civil* e *comercial.*

Conjunto de leis, principalmente *leigas,* ao contrário do que se dá com o *Código de Manu,* em que os preceitos de moral, os dogmas de religião, as leis políticas, as regras da profissão militar, etc. se entrelaçam com os princípios de *Direito Civil, Comercial, Penal* e *Processual,*[22] o *Código de Hamurábi* revela a velha Babilônia em um estado de admirável cultura jurídica para o tempo de sua promulgação.

A não ser a desordem na colocação dos dispositivos, misturando matérias heterogêneas, como por exemplo, começa dispondo sobre *sortilégios, falso testemunho, erro de decisão,* etc.,[23] e passa, logo, aos *crimes de furto* e *de roubo,*[24] ao deveres dos *oficiais* e dos *gregários, locações, mutuo* etc.,[25] o monumento legislativo babilônico traduz um progresso notável. Haja vista, por exemplo, como observa Bonfante, o exigir como requisito para validade dos *contratos de matrimônio, obrigações, quitações, doações, sentenças,* etc., a *forma escrita,* o que indica que saber *ler* e *escrever* era já comum entre os babilônios daquele tempo.

---

professor faz um estudo comparativo entre os dois monumentos legislativos, com copiosa erudição e notável acuidade de pensamento. – Veja-se – *Revista da F. L. de D. do Estado do Pará* – 1918 – págs. 89 a 110.

22 Veia o cit. livro do Prof. Dr. Hercílio de Sousa – *Novos Direitos* e *Velhos Códigos* – págs. 161 e seguintes.

23 "Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou deverá ser morto." – (§ 1º) – "Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto." – (§ 3º) – "Se um juiz dirige um processo e profere uma decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde se demonstrar que o seu processo está errado e aquele juiz, no processo que dirigiu é convencido de ser causa do erro, ele deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquele processo, e se deverá publicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz. Nem deverá ele voltar a funcionar de novo como juiz em um processo" – (§ 5º).

24 "Se alguém furta bens do Deus ou da Corte, deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a cousa furtada também deverá ser morto" (§ 6º). – "Se alguém comete roubo e é preso, ele é morto" (§ 22).

25 "Se um oficial superior foge ao serviço e coloca um mercenário em seu lugar no serviço do rei, e ele parte, aquele oficial deverá ser morto" – (§33). "Se o cultivador não semeou no campo trigo ou sésamo, o seu contrato não fica invalidado" – (§ 52).

Cotejadas as disposições desse Código com as legislações egípcias de *Bocchoris* e de *Amasis,* destas com as *Leis de Sólon* e com a legislação romana até a época decenviral, verifica-se que aos legisladores de Roma não foram estranhos estes corpos de leis.

Antes da *Lei das XII Tábuas,* naquele período do Direito *arcaico,* que se cristalizou na *compilação papiriana,* já se observam traços do código babilônico, se não obtidos direta e imediatamente, pelo menos através da legislação de *Bocchoris,* que indubitavelmente hauriu nessa fonte copiosa lição, porque as duas civilizações, babilônica e egípcia, se coordenaram durante um largo período de tempo, chegando mesmo a fundirem-se em certas épocas, quando o trono egípcio era ocupado por homens do valor intelectual de *Bocchoris* e de *Amasis.*

Segundo a classificação de Bonfante, as disposições do *Código de Hamurábi* devem ser agrupadas em 14 partes[26] e em qualquer delas podemos encontrar disposições que indicam haver influído, direta ou indiretamente, na organização das *XII Tábuas.*

---

26 Estas 14 partes têm por objeto: I, §§ 1º a 5º, – Sortilégios, juízo de Deus, falso testemunho e prevaricação, – II – §§ 6º a 25, – Crimes de furto e de roubo, reivindicação de móveis, – III – §§ 26 a 41, – Direitos e deveres dos Oficiais, dos Gregários e dos Vassalos em geral, organização do benefício, – IV – §§ 42 a 65, – Locações e regime em geral dos fundos rústicos. Mútuo, locação de casas, dação em pagamento, – Entre a IV e V partes há lacunas de 5 colunas, contendo 35 §§, três dos quais são revelados por subsídios da biblioteca de Assurbanipal, o grande rei da Assíria, do VII século antes de Jesus Cristo. – V – §§ 100 a 107, – Relações entre comerciantes e comissários, – VI – §§ 108 a 111, – Regulamento das tabernas (taberneiros, prepostos, polícia, penas e tarifas), – VII – §§ 112 a 119, – Obrigações (contratos de transporte, mútuo), processo executivo e servidão por dívidas, – VIII – §§ 120 a 126, – Contratos de depósito, – IX – § 127, – Injúria e difamação, – X – 128 a 184, Casamento e família, crimes contra a ordem da família. Contribuições e doações nupciais. Sucessão, – XI – §§ 185 a 195, – Adoção. Ofensas aos pais. Substituição de crianças, – XII – §§ 190 a 214, – Crimes e penas (lesões corporais, talião, indenização e composição), – XIII – §§ 215 a 240, – Médicos e veterinários; arquitetos e bateleiros (salários, honorários; e responsabilidades). Abalroação, – XIV – §§ 241 a 282, – Seqüestros, locações de amimais, lavradores de campo, pastores, operários. Danos, furtos de arneses, d'água, de escravos (ação redibitória, responsabilidade por evicção, disciplina).

Vejam-se as disposições relativas à *família*, à *propriedade*, à *sucessão*, aos *crimes* e *penas* e à própria colocação das matérias, no encadeamento geral das leis, e ter-se-á a prova do nosso assertò.[27]

Se as semelhanças entre as leis do tempo da realeza romana e o *Código de Hamurábi* se revelam a ponto de admitirmos uma contribuição direta deste *Código* para aquelas leis, com maioria de razão o Direito Babilônico devera influir na formação do Direito Egípcio, visto lhe estar mais próximo no *tempo* e no *espaço*, da mesma forma que as legislações de *Bocchoris* e de *Amasis* influíram na de Sólon e as três nos trabalhos dos Decênviros.

Pela legislação de *Bocchoris*, de que Sólon se serviu para a confecção das suas primeiras leis, estas, quer as de ordem pública, quer as que regulavam interesses privados e religiosos, eram formuladas em Tebas, em Atenas e em Roma, sob proposta de uma autoridade superior, em *comícios do povo* ou de *certas classes (calatis comitiis)*.

Embora oriundas de assembléias populares, o projeto, como hoje diríamos, era da iniciativa daquelas autoridades que, por via de regra, constituíam a camada superior e culta da sociedade e, assim, nada há pata estranhar que procurassem em monumentos estrangeiras modelos para a legislação pátria.

A constituição da família primitiva em Roma e em Atenas tinha traços acentuados da constituição da família egípcia do tempo de Boccho-

---

27 O Professor Dr. Amazonas de Figueiredo, no ensaio a que nos referimos (not. 21), dedica a 32 Parte do seu trabalho aos confrontos e contrastes entre a Lei Decenviral e o Código de Hamurábi no que diz respeito a certos princípios de Direito de Família (pátrio poder, casamento, regime de bens, sucessão, etc.), de Direito Patrimonial e das Obrigações e de Direito Penal, para concluir que – "há nas duas legislações pontes de notarel semelhança", acrescentando, quanto às diferenças, que: – "Se em Babilônia as regras jurídicas denotam uma sociedade em singular grau de desenvolvimento, observa-se em Roma que estas regras se desdobram em sínteses perfeitas – (Uti legassit super pecunia tutelave suoe rei, ita jus esto – Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto), sínteses estas que expressam, traduzem, significam maior agudeza intelectual entre os romanos, os quais revelam, desde então, o gênio jurídico que, admiravelmente, mais tarde, apresentou as famosas criações ante as quais o homem moderno, ainda, se inclina respeitoso" – (loc. cit. págs. 109 a 110).

ris. A autoridade do chefe da casa em relação à mulher, aos descendentes, aos bens; as formas do casamento pelo *usus,* pela *coemptio* e pela *confarreatio,* que assumiram em Roma e em Atenas grande importância e que, na verdade, nada mais são do que aquelas mesmas formas que d'Aguanno[28] encontra na legislação egípcia; o regime da propriedade; os contratos, como a *compra e venda (ato para dinheiro),* o *penhor,* a *hipoteca,* a *locação,* etc., são institutos similares nas legislações dos três povos, na frase do competentíssimo Eugène Revillout.[29]

Mas, se até aqui temos visto, embora perfunctoriamente, a influência dos indicados monumentos na organização da legislação romana, influência que talvez possa ser arredada, considerando-se que os pontos de semelhança são caracteres inerentes, mais ou menos acentuadamente, ao Direito de todos os povos, o mesmo já se não poderá dizer em face do *Código de Amasis,* que, a nosso ver, supriu, por intermédio de *Hermodoro,* as deficiências dos subsídios trazidos de Atenas pela comissão, cuja ida à Grécia é contestada por Vico.

Afirma Revillout[30] que no intervalo de tempo entre o regresso dessa comissão e a eleição dos *Decênviros, Hermodoro* traduziu em latim e comentou juridicamente os textos gregos trazidos pelos deputados e que os romanos, em reconhecimento, elevaram-lhe uma estátua, acrescentando, com o cunho de sua superior autoridade: *"todas estas coisas são do domínio público e perfeitamente admitidas por todos os antigos".*

Cremos, porém, que a tradução de *Hermodoro* não teve por objeto os textos das leis de *Sólon,* porque a língua grega devia ser do perfeito conhecimento daqueles deputados, enviados especialmente para *escolher* e *trazer* as ditas leis; mas, sim, teve por objeto textos do *Código de Amasis,* escritos em língua egípcia, provavelmente desconhecida dos *Decênviros,* porém, de trato comum entre os habitantes das margens do *Mar Jônio* e do *Mar Egeu,* com especialidade os de classe elevada, como era o ilustre exilado na Itália.

---

28 *La genesi e l'evoluzione del Diritto Civile.*

29 *Cours de Droit Egyptien* – pass.

30 *Les rapports historiques & légaux des Quirites et des Egyptiens* – (1902) – pág. 116.

Os romanos, por isso mesmo que eram orgulhosos e ciosos de suas glórias patrióticas, não teriam consagrado, em uma estátua, a figura de um estrangeiro, nem também divulgado o fato por meio dos seus mais reputados historiadores, se esse estrangeiro lhes não houvesse prestado algum serviço de assinalado valor.

Para os *quirites,* serviços de grande valor só podiam provir das *armas* ou das *togas* e, com certeza, não sendo *Hermodoro militar,* a estátua, com que o consagraram benfeitor da Pátria deveria ter sido a paga de serviços de *legislador.*

É sabido que exatamente dois anos antes da chegada a Atenas da embaixada romana, o grande historiador grego Heródoto leu ao povo, reunido nos *Jogos Olímpicos,* os primeiros livros de sua história, nos quais traçou os mais elevados elogios ao rei *Amasis,* como legislador, o que, naturalmente, provocou, da parte dos juristas, novas consultas ao seu Código para estabelecer a comparação entre as suas disposições e as das leis de Sólon. E exatamente quando estes estudos estavam na ordem do dia, chegaram os romanos e aproveitaram-se também das pesquisas e *comentários* dos juristas atenienses, levando-os, por sua vez, para Roma.

O *Código de Amasis,* promulgado no XIX ano do reinado do seu autor, ou seja, precisamente no ano de 554 antes de Cristo, foi para o Egito, como o de *Hamurábi* fora para a Babilônia, o de *Manu* para a Índia e a *Lei das XII Tábuas* para Roma, isto é, a mais completa legislação e a mais autorizada fonte do Direito desses países.

Seguindo os informes de Revillout, que vão servir-nos de guia daqui em diante, vemo-lo afirmar em *uma* expressão impressionantemente hiperbólica, que os romanos, como todos os povos da Antiguidade, nada mais fizeram do que *copiar* o Direito de outras nações, acrescentando que em Roma isso se verificou desde suas primitivas instituições, inclusive a *Lei das XII Tábuas,* até o ultimo tempo de sua existência, sob o Baixo Império, e põe termo a esta afirmação com a frase textual de que: – *"Dans le corpus juris des Romains, il n'y a rien qui soit vraiment romain"*.[31] Exagero intolerável.

---

31 Cit. *Les rapports historiques & légaux des Quirites et des Egyptiens* – págs. 116 e 167 – Contra esta frase – cujo exagero é de uma evidencia indiscutível para quem conhece as fecundíssimas criações do gênio jurídico desse povo, existentes a cada passo,

Seja, porém, como for, o que nos parece fora de dúvida é que, para a organização das *X* primeiras *Tábuas,* os *Decênviros* recorreram, com o auxilio de *Hermodoro,* à legislação de *Sólon* e de *Amasis,* além das leis *regias* e dos *costumes* que vinham sendo observados durante os dois séculos e meio de *realeza* e meio século de *regime republicano.* Mas, cumpre observar que não obstante esta quádrupla categoria de fontes, pensamos, como o professor Revillout, que a contribuição de Sólon foi relativamente secundária e, até certo ponto, simplesmente *intermediária* entre a legislação egípcia *(Bocchoris e Amasis)* e a legislação da república romana *(Lei das XII Tábuas).*

Limitando o nosso trabalho de comparação exclusivamente a alguns textos da *Lei das XII Tábuas,* que passam por idênticos aos formulados pelos *Decênviros* teremos evidentemente comprovado a tese da dupla influência das legislações grega e egípcia sobre o trabalho dos *Decênviros.*

Vejamos a *Tábua I,* lei *9ª:* – Si AMBO PRAESENTES, SOLIS OCCASVS SVPREMA TEMPESTAS ESTO.[32]

Esta disposição diz Revillout, foi literalmente traduzida das *leis solonianas,* embora reconheça, com fundamento em Diodoro de Sicília, que o aludido texto guarda analogia com o Direito Egípcio.

Na *II Tábua,* a lei 3ª assim se exprime : – CVI TESTIMONIVM DEFVERIT, IS TERTIIS DEBVS OB PORTVM OBVAGVLATVM ITO.[33]

---

no *Corpus Juris* – protesta a mais rigorosa e inconfundível verdade da história da civilização humana. À afirmação do eminente professor de Direito Egípcio da Escola do Louvre assenta, talvez, em um erro de apreciação. O Direito é uma *ciência,* exatamente porque os objetos de suas *leis* são os mesmos em toda parte e, se essas *leis* variam, é porque devem ser formuladas em obediência às injunções do *meio* (raça, cultura, religião, condições geográficas, etc.) – e às das necessidades do *tempo* (daqui a sua revogação, desuso, reforma, substituição, etc.). As *leis* formuladas pelos romanos, posto que tivessem por objeto aqueles assuntos (a família, a propriedade as obrigações, as sucessões, etc.), revelam uma intuição *sui generis,* fecundíssima, peculiar a esse povo, que se manifestou nas três grandes *unidades* de que fala Jhering, da Igreja, do Estado e do Direito. O sábio professor tomou a nuvem por Juno.

32 Se estiverem presentes ambas as partes, o ocaso do Sol porá fim ao processo – Veja-se o Apêndice V.

33 Aquele que carecer do testemunho de outrem vá a sua porta e o reclame, em voz alta, para o terceiro dia. – Idem Ap. V.

Com apoio em Wesseling, autor de um comentário das leis áticas, afirma Revillout, que esta *lei* foi tomada textualmente pelos *Decênviros* às Atenienses, dando disto a prova incontestável, citando Demóstenes, Pollux, etc.

Na *III Tábua,* depois da lei primeira estabelecer que *«para uma dívida de dinheiro confessada, ou julgada em juízo, tenha o devedor trinta dias* (espera para pagamento)" –[34]–, a lei segunda assim se exprime – POST DEINDE MANVS INJECTIO EST IN JVS DVCITO.[35]

Estudando a origem deste dispositivo, o citado mestre sustenta que a MANVS INJECTIO, como a MANVM CONSERTIO[36] se referem a usos brutais, inteiramente estranhos à civilização egípcia primitiva e à civilização ateniense, ou geralmente joniana, parecendo-lhe, entretanto, que se são de origem grega, aos dórios ou, mais especialmente, aos espartiatas, devem ser atribuídas. Os espartiatas e romanos, acrescenta o mestre, representam com efeito, uma soldadesca, e o próprio Gaius di-lo muito bem, a propósito dos seus *Quirites,* para quem a *lança* era o sìmbolo.[37]

Daqui, sei a MANVS INJECTIO, que passa por ser genuína criação romana, não foi transplantada do Egito ou Atenas, por indicação da embaixada ou de *Hermodoro,* entrou, todavia, em Roma, por influência grega, talvez da legislação de Licurgo, contra a qual não pode, provavelmente, reagir, com eficácia, o ilustre exilado do Éfeso, porque prendia-se muito intimamente aos interesses dos patrícios e estava radicada nos costumes desse povo, para quem – VIS – era um elemento de valor na luta pelo Direito, a que recorriam até ficticiamente, como na MANVM CONSERTIO, para resolver litígios.

---

34 AERIS CONFESSI REBVSQVE JVRE JVDICATIS XXX DIES JVSTI SVNTO.

35 Depois disto, tenha lugar a *mannus infectio* e seja conduzido à presença do magistrado.

36 MANVM CONSERTIO – era um simulacro de combate judiciário entre contendores que disputavam a propriedade ou a pos.:e de alguma cousa – *Tábua VI,* lei 52 – "Manun conserere est, de qua re disceptatur in jure... cum adversario simul suam prendere et in ea re solemnis verbis vindicare. Vindicia seu correptio manus in re atque in loco praesenti apud proetorem ex *XII Tabulats* fiebat, in quibus ita scriptum est: – Si IN JVRE MANVM CONSERVNT – A. Gellius – cit. *Noct. A tt.* – XX, 10.

37 Cit *Les rapports hist.* e *leg. des Quirites et Egyptiens* – pág. 135.

A *IV Tábua,* de que restam 4 fragmentos de leis, na autenticidade de um dos quais se pode confiar encerra a fonte mais autorizada do *Pátrio Poder,* que, na opinião de Gaius,[38] somente os romanos souberam organizar em moldes perfeitos. A segunda lei desta *Tábua* está expressa nestes termos: – SI PATER FILIVM TER VENVM DVIT FILIVS A PATRE LIBER ESTO –.[39]

Segundo afirmam Plutarco e d'Halicarnasso, as leis da *IV Tábua,* dadas como reguladoras do *pátrio poder,* não provieram dos *Decênviros:* foram adaptações de *leges regioe,* atribuídas a Rômulo,[40] notando-se, porém, que Tito Lívio as compreende entre as que a embaixada romana trouxe *cum Atticis legibus.*[41]

Mas, ou viessem das *leges regioe,* ou da Grécia, transportadas pelos membros da comissão, do que não resta dúvida é que, quer pela legislação grega, quer pelo Código de Amasis, anteriores às *XII Tábuas,* os pais tinham pleno poder sobre os filhos e, relativamente ao direito de *vendê-los,* o *Código* egípcio, segundo Revillout,[42] o concedia certamente aos pais. – Entretanto, posto que o direito de venda pareça ter vindo do Código de Amasis, acreditamos que a ultima parte da lei – FILIVS A PATRE LIBER ESTO – é criação romana. Recorrendo à lição de Gaius,[43] verifica-se que a *venundatio filii* das *XII Tábuas* não tinha por fim, como outrora, obter lucro, mas sim, ou sustar o exercício do *jus vitoe et necis,* ou criar uma forma de *emancipatio.*

38 *Inst. Comm.* I, § 55.

39 Se o pai vendeu o filho três vezes, seja o filho livre do poder do pai.

40 Plutarco – *Rômulo* – XXII –, d'Hallicarnasso *Hist.* – III, pass.

41 *Hist.* – III, 32.

42 Cit. *Les rapports,* pg. 138,

43 *Inst. – Comm.* 1, § 132 – O pai vendia o filho a alguém, este o manumitia e o filho voltava ao poder paterno; o pai vendia-o novamente, em regra ao mesmo comprador, e este, por sua vez, novamente o manumitia e o filho caía, mais uma *vez,* sob o pátrio poder; pela terceira vez, o pai o vendia – ao mesmo comprador e, com esta venda, cessava o poder do pai sobre o filho, mesmo que não fosse desde logo manumitido mas recaísse *in causa mancipii.* Bom é lembrar que o espírito liberal dos jurisconsultos dava uma significação restrita às palavras FILIVM e *FILIVS, empregadas* no *texto,* entendendo que elas se referiam exclusivamente aos *filhos do sexo masculino,* excluídos, portanto, as *filhas* e outros *liberi,* para os quais a *primeira venda* importava em *emancipação.* – Gaius – *loc. cit.*

E é exatamente nesta consideração que nos firmamos para, recusando cunho de verdade à frase de Revillout, acima citada, de que *"no corpus juris nada há que seja verdadeiramente romano"*, admitir que grande parte do Direito em vigor ao tempo da abdicação dos *Cônsules* foi também atendido pelos *Decênviros,* como este final da lei citada.

Da *V Tábua* passa como sendo indubitavelmente a terceira lei, aquela que, segundo Ulpianus,[44] assim se exprime: VTI LEGASSIT SVPER PECVNIA TVTELAVESVAE REI, ITA JVS ESTO.

Para bem explicar a origem, rigorosamente soloniana, desta lei, é preciso remontar à legislação anterior às reformas do grande eupátrida.

Diz-nos Fustel de Coulanges,[45] estudando o regime das sucessões em Atenas, que, pelo Direito antigo, o *filho primogênito* era o único herdeiro. Sólon, porém, estabeleceu formalmente – *"os irmãos dividirão entre si o patrimônio»,* e sem excluir, todavia, a *irmã,* acrescentou: «a *partilha far-se-á entre os filhos».*

Pelo Direito antigo se o pai deixava apenas *uma filha,* esta não era herdeira, o *agnado* mais próximo recolhia a herança.

Sólon consagrou o mesmo princípio, mas, sem atacar à tradição, chegou a dar a herança à *filha,* por um meio engenhoso –: obrigou o agnado a casar-se com a filha única do *de cujus* a quem sucedia.

É sabido que o *testamento,* propriamente dito,[46] foi sempre proibido no Direito egípcio, quer antes, quer depois de Amasis. Sólon, porém, inspirando-se provavelmente nas legislações asiáticas, que permitiam esta forma de disposição de bens e reagindo contra o velho conceito de que os

---

44 *Dig. – de verb. sign.* – L. 50 T. 16. fr. 53 e *Fragmenta – XI, 14.* – Cícero – *De inv. – II,* 50 – diz que o texto era o seguinte: – *"Paterfamilias uti superfamilia pecuniaque sua legaverit, ita jus esto."*

45 *La Cité Antique* – L. II, Cap. VII

46 *Ia calalis comitiis ou ia procinctu.* O testamento *par ws d irbram,* posto que attingisse o mesmo fim – e *o jnod quis post flicttcin suam fieri velit,* – nada mais era do *que un, a t'enda ficticia,* que, afinal, tornou-se *forma "única* até a *bonorutn possessio secundum vm tabulas,* sem *mancipatio* e *nuncupatio* (forma, *pretoriana.* Como ato *inter vivos,* chegando ao mesmo *fita* do testamento, a legislação de Bocchoris admitia disposições para depois da morte e foi, talvez, aí que os romanos foram buscar antes das *XII Tábuas,* a idéia do testamento *per aes et libram.*

bens pertenciam à *família* e não ao *indivíduo,* instituiu o *testamento,* embora vedando à mulher o direito de ser instituída herdeira. Por esta forma, contemporizando com as exclusões das mulheres do gozo de certos direitos, modificou substancialmente o regime da *sucessão hereditária* e instituiu logicamente a *propriedade individual* em Atenas.

Os romanos adotaram o regime legal estabelecido por Sólon, melhorando-o, todavia, com aquela intuição jurídica e precisão lógica, que, em regra, dão as fórmulas por eles criadas à feição de uma figura geométrica. Permitiram o testamento sem restrições, indo até o exagero da *liberdade de testar,* concepção, aliás, lógica para quem reconhecia a propriedade da casa como exclusiva do *pater familias (super pecunia sua).*[47]

Não precisamos insistir mais na demonstração da tese: a *Lei das XII Tábuas* foi organizada com subsídios diretamente obtidos, por um lado, das *leges te gire* e do Direito Consuetudinário, e, por outro lado, direta indiretamente, das legislações de *Bocchoris, Amasis* e *Sólon.*

A *Lei das XII Tábuas* tem sido objeto de largos e profundos estudos de vários romanistas e entre os romanos, mesmo, o conhecimento perfeito de suas disposições constituía como que um dever cívico.

Cícero afirmava que os simples fragmentos da legislação decenviral continham os mais salutares princípios de governo e de moral e valiam mais do que todos os livros da Filosofia grega;[48] Tácito considerava as *XII Taboas "finis rnqui iuris;*[49] Tito Lívio dizia que elas eram *"fons omnis publici et privati juris"*;[50] Diodoro de Sicília admirava-lhe *"eleganti atque absoluta brevitate verborum";*[51] Floro dizia *«in duodecim tabulis tota justitia*[52] e Aulo Gélio, restabelecendo uma interessante discussão entre o filósofo Favorinus e o jurisconsulto Coecilius, sobre o valor da *Lei das XII Tábuas,* põe na

---

47 *Pecunia* significa, no texto de que se trata, – *uma* universalidade de bens *"una saiam nusmerata pecaria, sed omncs res, Iam sou, quam mobiles,* a *tom corpora quam fura contineutiu".*
– Herogêneo – *Dig.* – L. 50, E 10, fr. 222.

48 *De Legibus* – Ii, 23.

49 *Anuales* – III, 27.

50 *História Romana,* III, 34.

51 *História* – 1, 12.

52 *História* – 1, 24.

bocas do jurista os mais rasgados elogios obra dos *Decênviros*.[53]

Várias têm sido as tentativas de historiadores e romanistas para restabelecer o texto integral das *XII Tábuas*, sem que hajam logrado um resultado inteiramente satisfatório. A primeira tentativa em tal sentido foi de Jacques Godefroy, que, procurando subsídios nos trabalhos de Aulo Gélio, Cícero, Festo, Gaio, Ulpiano e nas referências contidas em vários textos que se encontram nas *Pandectas*, conseguiu, em 1616, organizar grande copia de textos. São também dignos de especial menção os trabalhos de Antonio Agustin, Bruns, Dirksen, Haubold, Rudolf Scholl, Voigt e Zel.

Destacando três dos autores indicados, os objetos das Tábuas, por classificados pela que se seguem:

Godefroy:	Dirksen:	Haubold:
Tábuas:		
I DE IN JVS VOCANDO.	– Idem –	DE ORDINE JVDICIOR-VM PRIVATORUM
II DE JVDICIS ET FVRTIS.	DE JVDICIS.	DE FVRTIS.
III DE REBVS CREDITIS.	– Idem –	– Idem –
IV DE JVRE PATRIO ET DE JVRE CONNVBIO.	DE JVRE PATRIO	DE MAME ET POTESTA-TE
V DE HEREDITATIBVS ET TVTELIS	– Idem –	– Idem –
VI DE DOMINIO ET POS-SESSIONE.	– Idem –	DE RERVM MANCIPIO
VII DE DELICTIS.	DE OBLIGATIONIBVS.	DE DAMINO, INJVRIIS, ALIISQVE DELICTIS.
VIII DE JVRIBVS PRAE-DIORVM.	DE DELICTIS.	DE JVRE AEDIVM ET AGRORVM.
IX DE JVRE PVBLICO.	– Idem –	DE JVRE POPVLI.
X DE JVRE SACRO.	– Idem –	– Idem –
XI SVPP. T. I-V-	– Idem –	– Idem –
XII SVPP. T. VI-X-	– Idem –	– Idem –

53 *Noct. All.* – XX, 1.

A legislação compendiada nas *XII Tábuas, embora* oriunda, em grande parte, dos monumentos legislativos estrangeiros, acima referidos, e a sua organização provocada em conseqüência de uma revolução plebéia, não mudou, substancialmente, como poderá parecer, a situação dos plebeus, pois, a sua completa liberdade só foi adquirida, conforme diz Tito Lívio, no ano de 428 de Roma, com a promulgação da *Lei Petelia Papiria,* que aboliu a sujeição corporal do devedor, salvo em caso de delito.

A aristocracia dos patrícios, os seus privilégios, a natural supremacia que sempre exerceram sobre as três classes, enfim, os traços de separação entre eles e o resto da população, foram mais ou menos respeitados.

Entretanto, ao lado dos privilégios dos patrícios, foram reconhecidos e assegurados alguns direitos aos plebeus.

Como já assinalamos, pelas *XII Tábuas* a família romana continuou a ter como chefe indiscutível o *pater familias,* senhor absoluto da casa, exercendo sobre a mulher, os filhos, os escravos, os bens, um poder sem limites, a não ser os que fossem ditados pelo coração humano. Os laços entre o *patrono* e o *cliente,* embora fundamentalmente modificados com a fixação da regra PATRONVS SI CLIENTI FRAVDEM FECERIT, SACER ESTO [54] –, tornaram-se menos estreitos e vigorosos, de forma que, se a clientela ainda não se julgava apta para abandonar a sua antiga e tradicional condição, já se ia elevando e ganhando terreno na escala das concessões.

Como acontecia, em geral, a todos os povos da Antiguidade, os delitos *contra as pessoas* eram punidas com uma brandura às vezes revoltante. Entretanto, quando legislaram sobre os delitos *contra a propriedade,* requintaram os *Decênviros* na crueldade das penas. O *furto* e o *roubo* eram punidos com uma severidade a toda prova, porque entendiam que o ataque à propriedade ofendia mais aos Deuses do que ao homem e qualquer destes crimes revelava evidente impiedade. O ladrão que penetrava, du-

---

54 T. VIII, lei 21 – Se o patrono cometer fraude contra o cliente, seja *sacrificado.* – D. d'Halicarnasso coloca esta disposição como oriunda de uma das *leges regiae* de Rômulo *(Hist.*. – II, 10). Dirksen, porém, coloca-a nas XII Tábuas.

55 SI NOX FVRTVM FACTVM SIT, SI IM OCCISIT, JVRE COESVS ESTO – T. VIII, lei 12.

rante a noite, em casa alheia, podia ser morto impunemente[55] e, se o fazia durame o dia, estava inibido de defender-se, porque a defesa importava-lhe na perda do direito à vida.[56]

Contrastando com esta severidade estavam as penas contra os que atacavam a integridade corpórea, pois, se alguém arrancava, violentamente, a outrem, um *dente,* para puni-lo bastava a multa de *trezentos asses,*[57] e se partia-lhe um membro, só era permitido o talião, caso não entrassem os contendores em composição para indenização do dano sofrido.[58]

Estudada sob o ponto de vista geral, como índice da opinião pública de então, a *Lei das XII Tábuas i*ncontestavelmente um verdadeiro monumento de sabedoria e revela, na apreciação dos fenômenos jurídicos e na concisão de sua linguagem, a tendência do espírito romano para a cultura do Direito e da Lingüística.

A organização da Lei *Decenviral* obedeceu ao intuito de fazer obra duradoura, para reger as relações da vida de um povo que, acentuadamente propenso às fórmulas perfeitas das regras jurídicas, fugia, por índole, dos privilégios legais – *ne privilegio inroganta* –, com tendência sempre manifesta de abolir as velhas distinções de classes, visando fazer uma legislação impessoal e de forma a ser aplicada a todos os cidadãos.

Se os *Decênviros* não conseguiram organizar um *Código* genuinamente democrático, em que os princípios de inteira igualdade dominassem a concepção de todas as regras, não se lhes pode recusar, todavia, a intenção de estabelecer bases sólidas de um novo sistema, inspirado em leis de outros povos, que, mais cedo ou mais tarde, levasse a idéia da igualdade perante a lei até à máxima generalização.

Para tão fecundos legisladores o *senador,* o *plebeu,* o *pobre,* o *rico,* o *aristocrata,* enfim, todos estes representantes das classes de homens,

---

56 LVCI ... SI SE TELO DEFENDIT ... ENDOQVE, PLORATO – Id. – lei 13 – Veja-se Gaius – *Dig.* – L. 47, T. 2º, fr. 54.

57 Qui dentem ex gingiva excusserit libero homini, trecentos assibus multator – Paulus – *Lib. Sing.* – *de injuriis* – Coll. 2, 5, 5 –, Gaius, *Inst.* – *Comm.* III, § 223, – Propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat (ex lege XII Tabularum), velut si libero os fractum erat; at si servo, centum et quinquaginta.

58 SI MEMBRVM RVPIT, NI CVM EO FACIT, TALIO ESTO – Cit. T. VIII, lei 2ª.

que constituíam o POPVLVS, como sujeitos de direito ou obrigações, não tinham distinção na tecnologia da lei: – SI QVIS – era a fórmula legal para indicá-los nos textos respectivos.

Se, por um lado, não se pode negar às *XII Tábuas* uma certa tendência para fixar o critério daquela impessoalidade da lei, a que acima aludimos, por outro lado, nelas ainda se observam alguns princípios evidentemente contrários à orientação geral do trabalho, parecendo que nisto obedeciam os *Decênviros* a intuitos políticos.

Haja vista, por exemplo, a proibição de casamentos entre *patrícios* e *plebeus,* de que nos dá notícia o fragmento da Taboa XI, lei 1ª "... NE CONNVBIVM PATRIBVS CVM PLEBE ESSET...", disposição que, no dizer de um ilustre historiador de Roma[59] – "é um protesto dos patrícios, em nome dos seus antepassados, da nobreza da sua raça, da religião das famílias, contra o caráter novo da lei. Que haja igualdade, já que a não podem impedir; que os mesmos juízes, a mesma lei, a mesma pena firam FÁBIO e ICÍLIO; mas, fera do tribunal, que um volte para a multidão de onde saiu, o outro para a *cúria,* para os *templos* dos Deuses, para o *atrium* hereditário".

Estas discordâncias mostram, até certo ponto, a legitimidade da nossa afirmação de que a cada um dos *Decênviros* coube a tarefa de organizar uma *Tábua* para maior celeridade no esboço geral da *Lei,* discutindo-se, provavelmente, o projeto integral em reunião de todos e com assistência, talvez de Hermodoro.

As duas *Tábuas* suplementares serviram apenas de pretexto para a continuação de Ápio Cláudio no poder e foi, naturalmente, este o seu autor.

O espírito aristocrático do único membro da primeira comissão decenviral que passou para a segunda e foi causa de sua queda, revelou-se nas duas últimas *Tábuas,* as quais mereceram de Cícero[60] a denominação de *leis iníquas.*

---

59 Cit. Duruy – *Hist. Rom.* – 1º vol., pág. 92.

60 *De Legibus* – 11, 23 – É nesta passagem que o magno orador romano diz que no tempo de sua meninice obrigaram-no, como aliás acontecia a todos os meninos, a trazer de memória o texto da *Lei* – *"Discebamus pueri XII ut carmen necessarium"* – e acrescenta – *"quas jam nemo discit".*

Profunda e duradoura foi a influência das *XII Tábuas* na evolução do Direito Romano. Fonte imediata de toda a legislação, por conter em cada palavra o embrião de todas as instituições jurídicas que, mais tarde, o gênio dos Pretores, Prudentes e Edis soube desenvolver e aperfeiçoar, a *Lei das XII Tábuas* conseguiu atravessar centenas de anos, sem que qualquer de suas disposições fosse objeto de revogação expressa.

Fenômeno semelhante ao que se dá com a *Equity* e a *Common Law,* que suportam todas as inovações da *diástole jurídica* entre os povos britânicos, a *Lei das XII Tábuas* foi, em Roma, ao mesmo tempo, a causa eficiente do *desenvolvimento* do Direito e a razão justificativa das criações dos Pretores e Prudentes, quando ainda se lhes não havia reconhecido o *jus edicendi* e o *jus respondendi,* que, assegurando-lhes o *poder de legislar,* fizeram deles os melhores legisladores do Império.

Depois do *incêndio* da cidade pelos galos, em 364 de Roma, a inexistência do texto oficial da *Lei,* cujas *Tábuas* foram consumidas, era um excelente recurso para atribuir-lhe este ou aquele pensamento por parte dos que pretendiam firmar a autoridade e origem da regra que precisavam estabelecer.

E, assim, direta e indiretamente, deve-se-lhe o impulso vigorosíssimo que imprimiu à evolução do Direito Romano na República e nos primeiros séculos do Império.

Imposta, em princípio, pelo triunfo inconteste de uma revolução; organizada por um grupo, em sua maioria, de aristocratas; buscada, em grande parte, em monumentos legislativos de outros povos e mantida durante tantos séculos por uma população de guerreiros e juristas; a grande obra dos *Decênviros* foi, sem que o pensassem os seus autores, a mais forte inimiga da tirania dos Cônsules e dos Imperadores, o seio mais ubertoso para a *nutrição* jurídica do povo e a arca de aliança, onde as novas gerações encontraram o testemunho do passado e a vitalidade do Direito Romano.

. . . .

Título VII

OS EDITOS DOS MAGISTRADOS – *EDICTUM PERPETUUM*

O *JUS EDICENDI* E A FORMAÇÃO DO DIREITO HONORÁRIO E PRETORIANO (*JUS HONORARIUM*). OS EDITOS DOS MAGISTRADOS E SUA DIVISÃO; O *EDICTUM VETUS* OU *TRASLATITIUM*. O *EDICTUM PERPETUUM* POR EXCELÊNCIA (*EDICTUM JULIANI OU ADRIANI*); SUA ORGANIZAÇÃO; BREVE INDICAÇÃO DAS MATÉRIAS DE QUE TRATAVA E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO E ESTUDO DO DIREITO ROMANO.

PROMULGADA a Lei das XII Tábuas, começou em Roma um trabalho eficaz, em torno da nova lei, para o desenvolvimento do Direito e, não obstante sem plano determinado, o aperfeiçoamento se foi operando, de forma que, nos últimos anos da República, as bases do grande monumento já estavam definitivamente assentadas e deixavam antever o que, em futuro mais ou menos próximo, viria a ser o Direito Romano.

No ano de 387 da fundação de Roma (367 a.C.), aumentados consideravelmente os trabalhos dos Cônsules, entenderam os promotores da *Lei Licínia* destacar das atribuições daqueles tudo quanto dissesse respeito à administração da justiça (*jurisdictio*) e criaram a *Pretura*, função pública da máxima relevância, a que também atribuíram o poder de resolver, discricio-

nária e soberanamente (*imperium*), todas as questões judiciárias, sem outros embaraços senão aqueles que provinham do texto expresso da lei[1].

Como o dos Cônsules, o seu mandato durava um ano, era conferido por eleição e, posto que, pelo número de lictores que trazia, ocupasse um lugar inferior aos Cônsules, o Pretor era uma autoridade consular, com exceção apenas do mando militar[2].

Durante quase um século manteve-se a existência de uma única *Pretura.*

Entretanto, após a 1ª a guerra de Cartago (242 a.C.), o incremento das relações internacionais e o grande número de estrangeiros em Roma impuseram a criação de uma nova *Pretura*, cujas funções consistiam na prática de atos de *jurisdictio* e *imperium* relativos aos pleitos civis entre cidadãos e estrangeiros, ou entre estes somente.

Os que exerciam estas funções eram chamados – *Prætor Peregrinus*[3] – e, para estabelecer diferença com o já existente, o antigo ficou conhecido pelo nome de – *Prætor Urbanus.* Mais tarde, foram criadas outras Preturas, com a denominação especial das funções mais importantes que exerciam, como – *Prætor Repetundis* – (149 a.C.), – *Prætor Fideicommissarius* (44 d.C.) e *Prætor Tutelaris* (161 d.C.).

A Pretura era um cargo eletivo da máxima importância e foi exercido pelos cidadãos mais notáveis de Roma, como Cícero, Labeo, Cassius Longinus, Juvencius Celsus, Salvius Julianus, etc.[4]

---

1 Primitivamente – *Prætor* – significava – *Chefe Militar* –, título que, aliás, era também dado, nos primeiros tempos da República, aos cônsules.

2 Veja-se Mommsen – *Derecho Público Romano.* Cap. LV, pág. 278.

3 Mommsen (*loc. cit*) – ensina que a denominação legal era – *Prætor inter cives et peregrinos* – abusivamente transformada em *Prætor Peregrinos.* Não vemos em que se possa dizer abusiva a transformação aludida, transformação que, aliás, não se verificou. O que houve, e isto os romanos faziam freqüentemente, foi uma simples abreviatura, suprimindo as palavras – "*inter cives et.*"
Entre nós temos um exemplo frisante na designação do – *Juiz de Direito dos Feitos da Fazenda Municipal*, – que comumente é chamado "Juiz dos Feitos".

4 Vid. a nossa conferência – "Morfologia do Direito Romano" – na *Revista da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro* – ano de 1816, vol. XII, págs. 57 e seguintes.

Nos negócios que lhes competiam tomar conhecimento e decidir, a sua função era soberana, pois, magistrados de escolha popular, representavam, na Pretura, o maior dos soberanos – o *Populus Romanus* – e daqui lhes vinha o poder de, por meio de seus *editos* e pela *autoridade* dos seus *julgados*, criar Direito.

A esta faculdade de *criar direito* (*jus edicendi*) deve-se, em grande parte, muitas inovações que, alargando a esfera de ação dos pretores, contribuíram para transformar os simples aplicadores das leis aos casos ocorrentes em verdadeiros legisladores da República. O meio de que se serviam para as inovações era o *edito* e para conservar os princípios estabelecidos era a *auctoritas rerum similiter judicatarum*, que, quando assumia o caráter de perpétuo, se convertia em uma verdadeira fonte de Direito.[5]

Naturalmente o *jus edicendi* começou com a própria *Pretura*, mas, não tão amplo como depois veio a ser em virtude das usurpações de competência e atribuições que os pretores iam realizando, às vezes, por necessidades peculiares à função e, outras vezes, solicitados pelo gênio criador da própria raça.

Com efeito, os primeiros *editos* dos pretores, ou, pelo menos, aqueles que apareceram antes do ano de 520 da fundação de Roma (243 a.C.), época da promulgação da *Lei Æbutia*, que aboliu, em parte, o processo das ações da lei, estariam adstritos às regras legais e como o pretor não podia criar ações novas, a sua função quase se reduzia a explicar no edito a organização formal do processo.

Mas, promulgada a Lei Æbutia, instituídos os primeiros lineamentos do *regime formulário*, reconhecida, como legítima, nas funções

5 *Dig.* – *de leg.* – L. 1, T. III, fr. 38 – "Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere."
O conceito e formação do *jus edicendi* encontram-se nas *Institutas* de Gaius – *Comm.* 1, § 6 – nas seguintes palavras: – "*Jus* autem *edicendi* habent magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem in præsides earum habent; item in edictis ædilium curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi romani quæstores habent; nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur."

do Pretor, por força do *imperium magistrati*, o poder de usar livremente dos *interdicta*, cujas palavras sacramentais da *fórmula – veto, exhibeas, restituas*, – bem revelam a extensão desse poder, o *jus edicendi* foi alargando a esfera da ação legislativa do Pretor, de forma que, de simples manipulador das *ações da lei*, passou a criador de ações novas para os casos novos e chegando mesmo a formular regras de *direito substantivo*, que foram sendo, pouco a pouco, devidamente sistematizadas para a formação do *Jus Prætorum*.

Aumentada, dia a dia, a população da cidade e multiplicando-se os afazeres do povo, difícil se foi tornando a convocação das assembléias populares para a formação das leis, que, por isso que emanavam do povo, constituíam o *jus civile* e, para obviar a dificuldade, o *poder legislativo* foi sendo deslocado, quase insensivelmente, dos *comícios* para os *magistrados* e *jurisprudentes*.

Mas, obrigado o Pretor a observar o *jus civile* [6] e acontecendo, muitas vezes, não corresponder este às necessidades do momento, ou aos intuitos do magistrado, foram sendo toleradas verdadeiras reformas da lei pelos editos dos Pretores, urbano e peregrino, e com tal autoridade que o *Príncipe dos Jurisconsultos* chegou a afirmar que o direito pretoriano foi introduzido pelos Pretores, em razão de utilidade pública, *para ajudar, suprir e corrigir o direito* civil[7], pelo que *Aulius Marcianus* chamou-o a *viva voz do direito civil* [8].

---

6 *Dig.* – *Ut ex leg.* – L. XXXVIII, T. XIV, fr. 1º, §§ 1º e2º – "Proetor ait: Uti me quaque lege, senatusconsulto, bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo. – § 1º – Nunquam bonorum possessio, quoe ex alia parte edicti adgnita est, impedit istam bonorum possessionem. – § 2º – Cum ex legc 12 tabularum quis habet hereditatem, hinc non petit, sed inde, Tum quem ei heredem esse oportet; quippe cum non alias hinc competat bonorum possessio, quam si *lex specialiter deferat bonorum possessionem.*"

7 Papinianus – *Dig.* – *de just. et jure* – L. I, T. I , fr. 7, § 1º – "Jus proetorium est, quod proetores introdxxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem proetorum sic nominatur."

8 Marcianus – *Dig.* – loc. cit. – fr. 8º – "Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis."

Obra imorredoura dos magistrados, o *Jus Prætorum* era o resultado do influxo poderoso do elemento científico na *interpretatio juris*, principalmente devido à circunstância de serem escolhidos para ocupar a *Pretura* os mais notáveis jurisconsultos, os quais, além de suas luzes, formavam um conselho de auxiliares competentes – *consilium prudentis* –, ao qual recorriam freqüentemente e cujos pareceres, produzidos, por via de regra, mediante largo estudo e ampla discussão, entravam, em síntese, no *edicto annuo*, passando depois para os *edicta perpetua*.

O *Jus Prætorum* constituiu-se pelo conjunto de regras jurídicas fixadas nos editos dos Pretores (urbanos e peregrinos).

Entretanto, ao lado dos pretores, vinham também publicando editos os *Edis Crues, Questores, Censores*; *Presidentes das Províncias* etc. e as regras expressas nestes editos iam se incorporando àquelas, formando-se, assim, o chamado *Jus Honorarium*.

Muitos romanistas confundem as duas expressões – *Jus Proetorum* e *Jus Honorarium* – dando-as como sinônimas, quando, na verdade, cada uma tem a sua significação própria.

Jus Honorarium quer dizer Direito introduzido por aqueles que desfrutavam as *honras* inerentes às magistraturas, como disse o Imperador Justiniano;[9] *Jus Prætorum* quer dizer Direito introduzido pelos pretores. A diferença, entre um e outro, está, pois, em que o *Jus Honorarium*, é o gênero, de que o *Jus Proetorum* é a espécie.[10]

A palavra *edictum* origina-se do verbo – *edicere* –, que significa – *dizer em voz alta, declarar publicamente, fazer saber a todos* – e assim foi chamado porque o magistrado o lia na ocasião de tomar conta do cargo.

Como era costume em Roma para a publicação das leis, os editos eram também gravados em *tábuas*, com a diferença de que, ao passo que as *leis*, devido ao tempo indeterminado de sua duração, gravaram-se

9 *Inst. – de jure nat., gent. et civ.* – L. I, T. II, § 7º – «... Hoc etiam jus honorarium solimus appellare, quod qui *honores* gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt.»

10 Esta diferença foi revelada por Papiniano, quando, dando o conceito do *Jus Proetorum*, afirmou – "quod et honorarium dicitur, ad honorem proetorum sic nominatur" (Vide not. 7).

em tábuas de *marfim, cobre, bronze,* etc., os *editos*, por isso que se destinavam a durar um ano somente, gravavam-se em tábuas de *madeira* e, sendo estas pintadas de *branco,* davam à tábua e ao próprio *edictum* a denominação de *album.*

Os editos se dividiam em várias espécies, segundo a autoridade que os decretava, conforme o tempo para que e em que eram publicados e, finalmente, em relação à matéria de que tratavam.

Segundo a *autoridade* de que emanavam, eram: *edicta consules,* editos dos *cônsules* – a maior autoridade da República, depois da queda de Tarqüínio, o soberbo, até o advento do Império; *edicta censorum,* editos dos censores, – autoridades encarregadas do recenseamento da população, classificação dos contribuintes e vigilância dos costumes públicos e privados; *edicta tribunorum,* editos dos *tribunos* – representantes de certas classes auxiliares da administração, como os *tribunos da plebe,* os *tribunos militares,* etc.; *edicta quæstorum,* edito dos *questores* – funcionários públicos a quem competia guardar os tesouros do Estado; *edicto oedilitia,* editos dos *edis curuis* – magistrados que cuidavam da polícia dos mercados e vias públicas, tendo direito à cadeira *curul* e a *proetexta*; *edicta provinciale* ou *proconsulare,* editos dos *presidentes das províncias* ou *procônsules* – autoridades que representavam nas províncias o poder público, reunindo em suas mãos todas as atribuições dos diversos magistrados da capital; e, finalmente, *edicta prætorum,* editos dos *pretores* – funcionários incumbidos da administração da justiça civil, com *jurisdictio* e *imperium,* como já vimos.[11]

Conforme o *tempo* para que e em que eram publicados, os editos se dividiam em: *edictum perpetuum,* o edito publicado no início das funções do magistrado e a que este era obrigado a observar durante o tempo da duração do seu mandato, e *edictum repentinus,* o edito publicado para resolver qualquer caso não previsto no *perpetuum.*

O *edictum perpetuum* podia conter disposições ainda não incluídas nos editos anteriores (*edita nora*) e como estas disposições vigoravam um ano somente, costumava-se também chamar o *edictum perpetuum* – *lex*

---

11 Além destas autoridades, outras existiam que também gozavam do *jus edicendi,* como o *Præfectus urbi, Præfectus prætorio, Magister populi* (ditador) e até o próprio *Imperador.* Veja-se Mommsen – cit. *D. Público* – liv. III, cap. II e seguintes.

annua, edictum annuum; a parte de um *edicto annuo* que passava para editos posteriores chamava-se *traslatitia* ou *edictum vetus*. De forma que, em regra, os editos se compunham de partes diferentes, começando pela transformação do *edito repentino* em *annuo* e deste (parte *nova*) em perpétuo (parte *velha* ou *trasladada*).

Em relação à *matéria* de que tratavam, os editos diziam respeito ao *jus publicum*, como eram os que provinham dos *Censores*, ou ao *jus privatum*, como os que eram publicados pelos *Pretores*.

São os editos dos Pretores que aqui nos interessam particularmente.

Ao assumir o exercício de suas funções o Pretor publicava o seu *edictum*, no qual indicava as regras que deveria observar durante o ano de sua judicatura, não só para assegurar o cumprimento das leis, como também para suprir as suas lacunas e, até mesmo, para corrigir os defeitos que se lhes notassem.

Acontecia, porém, que, muitas vezes, surgiam, dentro do ano da administração, hipóteses que não tinham solução regular, nem nas leis, nem no edito publicado e, daqui, a necessidade da publicação de uma regra para servir de fundamento à decisão.

Estas regras suplementares eram publicadas da mesma forma que o edito e a este se incorporavam.

Por via de regra, os princípios gerais consignados no edito de um magistrado eram aproveitados pelo seu sucessor e, assim, de edito em edito, se foi formando uma espécie de legislação permanente para resolver todos os casos não previstos nas leis.

O edito não era rigorosamente uma *lei*, nem mesmo tal caráter lhe foi dado originariamente e, por isso, como obra espontânea do Pretor, concedia-se a este o poder de modificá-lo. Entretanto, com a publicação da Lei Cornélia – de *edito proetorum* (ano 67 a. de J. C.), foram os Pretores obrigados a guardar e respeitar o seu *edictum perpetuum* enquanto durava a sua gestão de justiça civil. Não obstante isto, que deu incontestavelmente uma grande importância aos editos, atribuindo-lhes um caráter de lei, este caráter terminava por completo com a terminação do ano de exercício das funções do Pretor, sem que o seu sucessor ficasse obrigado a obedecê-lo ou mesmo repeti-lo.

Entretanto, por uma necessidade indeclinável, imposta pelo exercício dessas funções, as disposições de um edito tinham de ser reproduzidas nos que lhe seguiam (*edictum translatium*), adicionando-se-lhe algumas cláusulas novas (*novæ clausulæ*) e assim se foi formando uma prática judicial fixa, que chegou a será depois, a fonte mais estudada e mais desenvolvida do Direito, constituindo-se uma espécie de guia da cultura jurídica de então.[12]

Em torno das disposições do edito foi aparecendo uma literatura que procurava principalmente explicar e comentar as mesmas disposições, levando-as às máximas generalizações e criando uma situação de tal ordem, por efeito da *diástole jurídica*, que necessário se tornou operar a *sístole* correspondente.

Com o advento do governo do Imperador Adriano (117 a 135 da e. C.), como que uma nova era começou para as fontes do Direito Romano.

O espírito penetrante do sobrinho e pupilo de Trajano, versado em ciências, letras e artes e tendo tido como mestre o grande historiador e moralista grego Plutarco,[13] não podia ser indiferente às questões de Direito.

Tendo dado ao Império vinte e um anos de intensa vida intelectual, com evidente prosperidade material e bem-estar no gozo da paz, tendo conhecido as necessidades públicas no exercício de várias funções, como de *tribuno, questor, pretor, legado legionário, senador, cônsul* e, finalmente, Imperador, muito contribuiu para melhorar o Direito, introduzindo alguns princípios que revelam certa moralidade e procurando pôr ordem na legislação existente, dando-lhe uma vitalidade até então desconhecida.

Conhecedor do alto valor de muitos jurisconsultos, anteriores e contemporâneos, ampliou, ou melhor, completou a obra de Augusto. O primeiro imperador criou o *jus respondendi*, sem dar, todavia, às *responsa* outra autoridade se não a que pudesse provir do merecimento de seus autores. Adriano entendeu elevar o *jus respondendi* quase à categoria de poder

12 Vide Cícero – *De Legibus* – 1, 5, § 17 – "Non ergo a prætoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII Tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas".

13 Vide Duruy – *Hist. de Rom.* – vol. 2°, Cap. 54, págs. 406 e seguintes.

legislativo, dando aos pareceres dos jurisconsultos oficiais força de lei (*leges vicem*).

Esta medida, decretada quase no fim de seu governo, foi de efeitos salutaríssimos na evolução do Direito e talvez tivesse sido a causa eficiente do aparecimento dos maiores jurisconsultos da época clássica, cujos trabalhos, segundo a escolha da *Lei das Citações*, se tornaram fontes preciosas da legislação, não obstante as restrições impostas pela constituição de Constantino[14] às notas de Ulpiano e Paulo sobre os trabalhos de Papiniano.

Embora seja hoje ponto assentado na história das fontes do Direito Romano que as constituições imperiais começaram com Augusto e o exemplo foi seguido pelos Imperadores posteriores[15], o certo é também que data do governo de Adriano a maior atividade na promoção desta espécie, sendo do seu tempo a constituição mais antiga que se encontra no Código de Justiniano.[16]

Entre os melhores serviços prestados por Adriano ao Direito foi, porém, a organização do *Jus Prætorum* com a consolidação, em um só corpo, de todas as regras constantes dos editos dos Pretores e Edis Curuis,[17] o que melhores resultados produziu para a organização do mais seguro elemento da cultura jurídica do grande povo.

---

14 "*Perpetuas prudentium*» – Vide not. 20 – L. 1º, T. IX.

15 No *Digesto* encontram-se citações de constituições de Imperadores anteriores a Adriano, tais como: Augusto 18, Tibério 3, Cláudio 11, Nero 2, Vespasiano 6, Tito 4, Domiciano 3, Nerva 5 e Trajano 38.

16 *Cod.* – de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur – L. VI, T. XXIII, const. 1ª.

17 Não é positivamente certo que a consolidação se tivesse efetuado exclusivamente de editos dos *Pretores* e *Edis Curuis*. É bem possível que disposições de *editos provinciais* fizessem parte do trabalho de Sálvio Juliano, pois, só assim se pode explicar a importância dada por Gaio ao edito aludido, escrevendo o comentário *ad Edictum provinciale*, tantas vezes citado no *Digesto*. Na expressão *edictos dos Pretores* se deve compreender não só o *urbano* como o *peregrino* e se isto não está expresso nas fontes é devido ao fato de terem aparecido os mais notáveis comentários quando já havia desaparecido a distinção entre *Pretor Urbano* e *Pretor Peregrino* pela circunstância de haver sido concedido o *jus civitatis* a todos os habitantes do Império, em virtude da célebre constituição do Imperador Caracala, de 212 (a. C.).

Compreendendo o Imperador as dificuldades com que lutavam os Pretores para a organização dos seus editos e querendo, talvez, criar embaraços à liberdade com que essas autoridades reformavam o Direito vigente pelo meio engenhoso que vinham pondo em prática havia já tantos séculos, confiou Adriano ao notável jurisconsulto Salvius Julianus[18] a missão de consolidar as disposições contidas nos editos e formar um todo completo, coordenadas, em partes distintas, as disposições relativas a vários institutos jurídicos.

Não se sabe qual o método adotado pelo notável jurisconsulto para levar a efeito a difícil missão de que fora encarregado, mesmo porque o seu importante trabalho, tal qual foi organizado, não chegou até nós e dele conhecemos apenas alguns fragmentos, mais ou menos extensos, trasladados por vários jurisconsultos.[19]

Nem mesmo a época certa em que ficou pronto o grande monumento pode ser determinada, pois, muitos dos historiadores do Direito Romano e biógrafos do eminente Sálvio Juliano, variam nas datas em que atribuem ter sido organizado o precioso trabalho.[20]

Alguns autores levantam a hipótese de ser o trabalho de Juliano um código de leis inteiramente novas e não uma consolidação de editos

---

18 Vide sobre o insigne jurisconsulto os ligeiros traços biográficos constantes do nosso trabalho sobre a – "Morfologia do Direito Romano" – na *Revista da Faculdade* – vol. XII, ano de 1916 – págs. 68 e seguintes.

19 Várias têm sido as tentativas para restabelecer o texto integral do *Edictum Perpetuum Adriani*, como a de Rudorff, em 1869, com a publicação do – *De jurisdis edict. Edicti perpetuæ quæ relíquia sunt* –, a de Lanel – *Das Edicts perp.* –, sem falar nos trabalhos anteriores de Jacobus Gothofredus (1624), Heinecus (1733) e Haubold, sendo que este conseguiu recolher 104 textos originais que faziam parte do Edito.

20 Não há dúvida de que teve lugar no governo de Adriano (117 a 138) e por ordem deste Imperador. Mas, ao passo que Krüger acha que teve lugar entre os anos de 117 a 129, Blondeau, Ferrini e outros, fundados na Crônica de São Jerônimo, dão a data de 131. Porém, a descoberta, em 1899, da inscrição, hoje chamada – Suk-El-Abiod –, lugar em que foi encontrada na Tunísia, veio derramar alguma luz sobre o caso, porque contém a notícia de que Adriano concedeu a Juliano favor excepcional, no tempo de sua questura – *propter insignem doctrinam*, o que parece ter sido o prêmio do ingente esforço do jurisconsulto na confecção do Edictum. (Veja-se – F. Girard – *Man, Élém. De Droit Rom.* – ed. de 1911 – págs. 53, not. 1, e 63, not. 1).

preexistentes. Esta hipótese, porém, deve ser arredada da história do precioso monumento, porque, segundo uma fonte insuspeita,[21] Sálvio Juliano fez apenas uma *ordenação, recapitulação dos editos dos Pretores*, embora introduzindo algumas modificações nos textos recopilados e, até, algumas vezes criando Direito novo.

Se o intuito do Imperador era, como sustentam alguns romanistas, opor embaraços à facilidade com que os Pretores reformavam o Direito vigente por meio de seus editos, não é menos certo que melhor poderia chegar ao fim a que se propunha mandando coordenar o Direito existente e em pleno vigor, do que autorizando a criação de Direito novo, pois, com isto admitia a situação que pretendia evitar.

O que é fato, conforme se verifica pelos largos e numerosos comentários que o trabalho provocou, é que o Edito de Sálvio Juliano representa um esforço digno da época, do esplendor e da magnificência do governo de Adriano.

O insigne jurisconsulto conservou dos editos, a que se propôs consolidar, tudo quanto estava em uso, redigindo o seu trabalho com precisão e elegância de linguagem, harmonizando os dispositivos contraditórios, suprimindo o que havia caducado, melhorando os institutos e pondo-os de acordo com o espírito da época, distribuindo com ordem os objetos das disposições, fazendo a divisão do todo por meio de uma lógica sucessão de matérias e dando, assim, uma nova forma à copiosa fonte do Direito Romano[22].

Dado por tal forma, corpo à idéia que já no tempo de Júlio César havia preocupado o grande jurisconsulto Aulius Ofilius, o notável discípulo de Servius Sulpicius, contemporâneo de Trebatius, os Pretores e Edis Curuis que lhe seguiram como que se foram esquecendo do *jus edicendi*, adotando sem discrepância o trabalho de Sálvio Juliano, mesmo

---

21 *Cod. – de cond indeb.* – L. IV, T. V, const. 10 de Justiniano, em que se diz: «... Salvium Julianum summæ auctoritatis hominem ET PRÆTORII EDICTI (PERPETUI) ORDINATOREM». Aurelius Victor diz também que: "*Edictum in ordinem composuit, qaod variæ inconditeque a prætoribus promebatur*" (*De Cæsar. Rom.* 19; – Pou y Ordinas – *Hist. Ext.* – Liç. VII, pág. 115).

22 Vid. Eugène Petit – *Trait. Elém. de Droit Rom.* nº 42. pág. 34 (ed. de 1909).

porque o Imperador dera-lhe força de lei, obtendo um senatusconsulto de aprovação e confirmação, o que redundou em ficar o *Edictum Perpetuum* com a tríplice autoridade de ato de Pretor, do Senado e do Imperador.

Em regra os editos eram divididos em duas partes: uma, estabelecendo os meios de aplicar as *leges actiones*, segundo os princípios do *jus civile*; outra, destinando-se às criações do *jus prætorum*, às indicações e regras para autorizar a intervenção do magistrado, chegando muitas vezes a criar regras de Direito substantivo e a estabelecer proibições.[23]

O *Edictum Perpetuum Juliani* seguiu a mesma divisão, subdividindo-se cada uma das partes em títulos, com epígrafes, como: – *De jurisdictione, De edendo, De pactis, De in jus vocando, De postulando,* etc., terminando com uma espécie de *tábua de formulários*, que, por sua vez, estava dividida em três partes: – *De interdictis, De exceptionibus* e *De stipulationibus prætoriis.*

Desta maneira foram reunidas em partes distintas as disposições não somente relativas ao processo, como – *De postulando, De procuratoribus,* etc., mas, também ao Direito regulador de certas matérias, como – *De Tutelis, De Nuptiis, De Legatis etc.*

Das várias tentativas feitas para restabelecer o texto da consolidação de Juliano, resulta que o *Edictum Perpetuum* regulava e tinha por objeto todas as matérias que competiam aos Pretores e Edis Curuis,[24] com

---

23 Vide os exemplos dados por Krüger (loc cit. § 5º, pág. 39), bem tomo Dernburg – *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des proetorischen Edicts* – e Karlowa – *Rechtsgeschicht* – I, no 467, citados por Krüger.

24 Segundo as – *Edicti Prætorii Sententiæ Quae Supersunt* – de Haubold, é a seguinte a relação das matérias do Edito, conforme as epígrafes respectivas: 1º *De Jurisdictione,* – 2º *De Edendo,* – 3º *De Pactis,* – 4º *De in Jus vocando,* – 5º *De Postulando,* – 6º *De his qui notantur infamia,* – 7º *De Procuratoribus,* – 8º *De negotiis gestis,* – 9º *De in integrum restitutionibus,* – 10º *De Publiciana in rem actione,* – 11º *De jurejurando voluntario,* – 12º *De his qui effuderint vel dejecerint,* – 13º *De servo corrupto,* – 14º *De religiosis et sumptibus funerum,* – 15º *De sepulchro violato,* – 16º *De jurejurando necessario,* – 17º *De constituta pecunia,* – 18º *Quod cume o, qui in aliana potestate est, negotium gestum esse dicetur,* – 19º *De peculio,* – 20º *De deposito,* – 21º *De inspiciendo ventre custondiendoque partu,* – 22º *De Furtis,* – 23º *De bonorem possessionibus,* – 24º *De damno infecto,* – 25º *De Publicanis et vectigalibus et comissio,* – 26º *De in*

exceção, porém, daquelas que eram reguladas por lei expressa, ou já consagradas por costumes tradicionais, principalmente no que dizia respeito às solenidades da luta judiciária.

O trabalho de Sálvio Juliano foi, incontestavelmente, o elemento mais vigoroso, depois da Lei das XII Tábuas, para a *unidade* e *uniformidade* do Direito Romano e exerceu, no seu desenvolvimento, uma influência acentuada e, sob todos os pontos de vista, benéfica e duradoura. Desde a sua promulgação, provocou ele a atenção dos mais distintos jurisconsultos contemporâneos e posteriores, dando lugar ao aparecimento de várias obras de comentários, como as de Gaio, Paulo e Ulpiano,[25] que se tornaram as fontes mais autorizadas dos institutos regulados pelo *Jus Honorarium.*

No ensino público do Direito, o Edito e as obras sobre ele escritas como que dominavam todos os espíritos.

Antes de Justiniano haviam escolas públicas de ensino de Direito em Alexandria, Atenas, Berito, Cesaréia e Constantinopla. Justiniano, porém, suprimiu todas, menos as de Berito e Constantinopla, que eram exatamente as mais freqüentadas e melhor dotadas de professores, reformando, todavia, os respectivos cursos. Entretanto, quer no regime anterior, quer no regime da reforma de Justiniano, desde o primeiro ano os alunos travavam conhecimento com a obra de Sálvio Juliano e procuravam explicações mais detalhadas nas obras dos comentadores, principalmente na de Ulpiano, cuja elegância e precisão de linguagem cativavam não somente aos professores como aos discípulos.

Embora não constituíssem objeto de estudo a última parte e algumas das matérias do apêndice (*taboa formularia*), todavia, não resta duvida de que o Edito era o manancial mais abundante e mais procurado para fornecer ensinamentos, tanto assim que, sendo o segundo ano desti-

---

bonorum raptorum, – 27º *De incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata*, – 28º *De injuriis et famosis libellis*, – 29º *De bonis possidentis et vendendis*, e, finalmente, 30º *De interdictis.* Pode-se, no entanto, acrescentar: – 31º *De excepctonibus* e 32º *De stipulationibus prætoriis* (os três últimos títulos consistiram matéria do formulário).

25 Além destes comentários, outros foram escritos, como os de Viviano, Pompônio, Saturnino e outros.

nado exclusivamente ao ensino de matérias do *Edito*, Justiniano deu aos seus alunos a denominação oficial de *Edictales*, que, aliás, já vinha sendo usada desde o regime anterior.[26]

Esta influência também se fez sentir até mesmo na organização das *Pandectas*, pois, como teremos ocasião de mostrar, quando tratarmos da organização da legislação de Justiniano,[27] os colecionadores do *Digesto*, na falta de método previamente assentado, entenderam seguir, no seu trabalho, a ordem das matérias segundo o *Código* (*vetus*) e o *Edito*, sendo que quase todo o primeiro livro adotou a ordem do *Código* e os subseqüentes a do *Edito* e dos seus melhores comentários.

Não obstante o grande valor da obra de Juliano, parece que a importância a que ela atingiu foi devida principalmente a dois fatores: um, o de ter recebido como acima dissemos, a tríplice autoridade do *magistrado*, do *Senado* e do *Imperador*; outro, o de ter o Imperador reservado para si a faculdade de suprir as lacunas que se verificassem no novo monumento, tornando-se, por isso, verdadeiro – *Direito Imperial* –, ao invés do que fora, até então, – *Direito Pretoriano*.

A autoridade dos magistrados encarregados da distribuição da justiça civil havia chegado ao máximo de sua importância. Era preciso, e fatal, cair em declínio, para dar lugar a novas forças que se vinham formando desde o aparecimento do Império: a *Ciência do Direito*, aperfeiçoada e desenvolvida pelo gênio dos jurisconsultos, cujas *Responsa*, obtendo força de lei, elevaram o *Jus* a uma altura nunca vista, e as *Constituições Imperiais*, que, deslocando o poder legislativo do *Pretório* e do *Senado*, realizavam a fusão do elemento *científico* com o elemento *legal*, nas mãos do Imperador.

---

26 Chamavam-se os estudantes, primeiramente: os do 1º ano – *Dupondii*, do 2º – *Edictales*, do 3º – *Papinianistæ* e do 4º – *Auræ* –; depois conservou-se a mesma denominação para os do 2º, 3º e 4º, passando os do 1º ano a chamar-se – *Justiniani novi* –, e os do 5º ano, criado por Justiniano, – *Prolytæ*. Para justificar a denominação dada aos do 3º ano, mandou o Imperador que o livro XX do *Digesto*, por onde começava o curso desse ano, se iniciasse por um fragmento de Papiniano (*De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*), extraído de suas *responsa*.

27 Veja-se h. L., T. IX – *O Imperador Justiniano. Codificação justiniana.*

. . . .

Título VIII

AS CONSTITUIÇÕES IMPERIAIS. CÓDIGOS GREGORIANO, HERMOGENIANO E TEODOSIANO

O ADVENTO DO GOVERNO IMPERIAL E OS SENATUSCONSULTOS. PODERES CONFERIDOS AO IMPERADOR POR FORÇA DA REGRA *QUOD PRINCIPI PLACUIT LEGIS HABET VIGOREM.* A *LEX REGIÆ* OU *LEX DE IMPERIO.* AS *CONSTITUIÇÕES IMPERIAIS* CONSIDERADAS EM RELAÇÃO AO SEU OBJETO E FORMA. O *CONSILIUM PRINCIPI* E A AUTORIDADE DAS *CONSTITUIÇÕES.* AS *CONSTITUIÇÕES* DE AUGUSTO A ADRIANO. A LINGUAGEM EMPREGADA. AS TENTATIVAS PARA ORGANIZAÇÃO DAS *FONTES.* O *CÓDIGO GREGORIANO.* SUA COMPOSIÇÃO E AUTORIDADE. O *CÓDIGO HERMOGENIANO.* ÉPOCA DE SUA ORGANIZAÇÃO. COMPOSIÇÃO E AUTORIDADE. O *CÓDIGO TEODOSIANO.* TRABALHOS PARA SUA CONFECÇÃO, SUBSÍDIOS QUE LHE FORAM PRESTADOS. PROMULGAÇÃO NO ORIENTE E NO OCIDENTE. OBJETO E IMPORTÂNCIA DO *CÓDIGO TEODOSIANO.*

CONSTITUIÇÕES IMPERIAIS – O triunfo ruidoso da batalha de *Actium* deu a Otávio o nome de *Augustus* e *Imperator*, transformou a República em Império e prestigiou por tal forma as armas romanas, que, dentro de pouco tempo, a *Aquitânia* se entregava a Messala, a *Bélgica* a Nônio Galo, a *Espanha* a Estálio Táurio e o *Capitólio* abria, de par em par, as suas portas para dar entrada ao vencedor de Marco Antônio, que vinha dizer ao mundo, do templo de Júpiter, que estava iniciado o governo dos Césares.

A morte de Agripa, genro e sócio no governo, deu a Augusto o poder supremo do Estado, do Exército e da Religião. Eleito *Pontifex Maximus* e mais tarde *Præfectus Morum et Legum*, embora já tivesse nas mãos o poder *proconsular*, que lhe assegurava dispor das forças públicas como entendesse, o poder *tribunício*, que tornava sua pessoa inviolável e dava-lhe o direito de *veto* sobre todos os magistrados, o poder *censorial*, que permitia-lhe completar o Senado e proceder a apuração dos eleitos, todavia, não abusou da soberania que se lhe outorgava, partilhando, ou fingindo partilhar, com o velho *Senatus Populi Romani* as atribuições governamentais, convertendo-o, como diz Mommsen[1], em *Senatus Populusque Romanus*, isto é, transformando-o de órgão consultivo do povo, em «*comparsa da soberania no grande espetáculo universal romano*».

Reorganizando a administração pública e procurando mostrar-se obediente à vontade popular, deixou ao Senado, como uma reminiscência da antiga aristocracia, grande parte do poder político e atribuindo-lhe algumas funções novas, como as de tribunal de justiça penal, que até então pertenciam aos cônsules, a apelação dos decretos dos magistrados em matéria civil, a eleição dos próprios senadores e dos magistrados, que cabia aos comícios a concessão de honras extraordinárias aos benfeitores da pátria, enfim, todos aqueles atos legislativos de caráter político, que já não podiam ser submetidos às assembléias populares por causa das dificuldades de suas reuniões e que não convinha confiar ao Imperador e sim ao Senado para manter a ficção do sistema colegial na elaboração das leis.

No campo do direito privado, porém, o poder legislativo do monarca se foi exercendo cumulativamente com o do Senado, pondo-se em prática o antigo sistema de consulta, mas, reservando-se, em regra, a iniciativa da proposição da lei ao Imperador.

Como lhe cabia o poder *tribunício*, conservou a faculdade atribuída aos tribunos da plebe, que, por meio de *plebiscita*, exerciam o poder legislativo; como ocupava um posto de magistratura, manteve o poder de promulgar *edicta* (*jus edicendi*) e, por este meio, foi fixando regras de Direito que se incorporavam à legislação; finalmente, como o poder proconsular lhe atribuía a direção suprema das forças públicas, natural parecia

---

1 *Derecho Público Romano* — pág. 580.

que ninguém melhor do que o *procônsul* para atender às necessidades do exército e dos seus membros, mesmo nos negócios privados, como por exemplo nos *testamentos militares* e outros assuntos.

Desta série de poderes, reunidos em uma só mão, nasceu logicamente o poder legislativo para o Príncipe e se é exato que Augusto nunca exerceu esse poder em geral, como afirma Mommsen[2], todavia é certo que o *jus edicenci* poderia bem acobertar as usurpações do Imperador às atribuições do Senado[3].

Explicando como chegou o Imperador a exercer tão larga e copiosamente o poder legislativo, ensina o ilustrado mestre autor do *Römisches Staatsrecht* que "o principado não exerceu o poder legislativo em geral, nem pretendeu exercê-lo, mas os imperadores, sem dúvida alguma, não careciam do direito que tinham todos os magistrados de publicar editos, isto é, de dar regras relativas ao desempenho de suas atribuições na qualidade de magistrados e claro é que, sendo perpétuo o cargo de imperador, podia este intervir muito bem, por tal meio, na legislação. Deste direito fizeram uso os imperadores, por exemplo, em relação ao *testamento militar*, que foi introduzido por este meio. Porém, se aqui se vê bem claramente por que não se levou ao Senado a inovação, a história do *fideicomisso* nos ensina melhor, que outra qualquer coisa, quais foram as reservas, mediante as quais foram os imperadores ingerindo-se na legislação propriamente dita. Augusto, para obrigar o herdeiro a cumprir a vontade do testador relativamente aos legados e encargos deixados por este, sem ater-se às formalidades prescritas e, portanto, não válidos legalmente, porém, válidos sob o ponto de vista moral, subtraiu o conhecimento destes assuntos à competência dos jurados, confiando-os aos presidentes do Senado por *congnitio extraordinaria,* o que demonstra, com clareza, que não se tratava tanto de uma inovação legislativa, como do traspasso ou translação de uma obrigação moral, ou de consciência, para o campo do direito e que para esta extralimitação dos vigorosos termos do direito parecia necessária a intervenção do Senado. Também a decisão (*constitutio*) publicada pelo imperador para um caso especial tinha validade jurídica em virtude da cláusula incluída na lei, feita pelos Comícios ao elegê-lo e a dar-

---

2 *Op. cit.*, pág. 587.

3 Sobre o – *jus edicendi* – veja-se – L. I, T. VIII – *Edictum Perpetuum.*

lhe o pleno poder, cláusula segundo a qual devia ter o direito e o poder de fazer, nos assuntos divinos e humanos, nos públicos e privados, tudo quanto lhe parecesse que teria de redundar em bem e honra da comunidade. Mas, semelhantes atos e disposições imperais não eram leis; o imperador resolvia os assuntos que lhe apresentavam, porém, nem a sua decisão adquiria caráter de preceito permanente, nem era, tampouco, um preceito de aplicação geral. A concessão feita na resolução imperial de que se tratasse não se entendia feita senão provisoriamente; portanto, o soberano que a fizera tinha direito de retirá-la a qualquer momento e, por morte do mesmo, perdia *ipso facto* sua força, a não ser que o sucessor a renovasse".

Este caráter provisório da concessão imperial bem mostra que o imperador a fazia na qualidade de magistrado, no exercício de *jus edicendi*, e não como *procônsul* ou *tribuno*.

Até a época desta interferência nas questões de ordem privada, o Senado conservava a sua autoridade legislativa, sucedânea da que pertencera aos comícios, e assim como outrora, os Cônsules apresentavam às assembléias populares os seus projetos de lei e, depois, ao Senado, assim também se entendeu fazer em relação aos projetos de *senatusconsultos*. Por isso, a maior parte dos *senatusconsultos* sobre matéria de direito privado foi decretada por proposta do imperador (*epistola, vel oratio principis*), apresentada ao Senado por intermédio de um seu representante (*quæstor candidatas* ou *candidatus principis*).

Até o governo de Trajano, de subserviência em subserviência, o Senado foi homologando as propostas imperiais e a atividade legislativa do grande órgão da opinião pública dependia virtualmente da atividade do Príncipe em preparar os projetos e enviar-lhe.

Meio engenhoso de que se serviram os imperadores para conservar a tradição da autoridade do Senado e declinar, para este, das responsabilidades decorrentes das disposições legais contrárias aos interesses do povo, os senatusconsultos dessa época foram, todavia, poderosos elementos para o progresso do Direito e para o aperfeiçoamento da legislação.

Mas, as necessidades da administração pública, aumentadas, dia a dia, com o aumento da população dos domínios territoriais em todas as direções, impunham, muitas vezes, soluções rápidas e prontas por parte do imperador, na ausência do Senado, cuja reunião era dificultada por causas diversas.

O Imperador, ao assumir o governo, recebia, por leis especiais, o conjunto dos poderes funcionais que teria de exercer durante a sua administração. Mas, a partir de Vespasiano (ano 70 da era cristã), os poderes conferidos aos imperadores já não eram outorgado por partes, mas, sim, em conjunto e de uma só vez.[4]

Não obstante a força da *Lex Regia* ou de *império*, o poder legislativo do Senado manteve-se ainda por muito tempo e os Imperadores não se preocupavam absolutamente em fazer desaparecer a ficção da interferência dos representantes do povo na confecção das leis. A organização do Senado e as relações de dependência em que ele e cada um dos seus membros estavam para com o Imperador, davam a este uma ascendência de tal ordem que seria inábil dispensá-los da colaboração nos atos legislativos.

O Imperador ocupava a *presidência* do Senado, *nomeava* os senadores, *escolhia* entre estes os que deviam compor o conselho de Estado para o estudo das mais importantes questões políticas, *obtinha* os senatus-consultos, de que carecia, mediante uma simples *oratio* ou *libellus*, e este estado de coisas manteve-se até Caracala, que pôs fim à anômala situação a que ficara reduzido o grande esteio da opinião pública romana.

E como *quod Principi placuit, legis habet vigorem,*[5] nada mais natural e lógico do que competir ao Imperador *diretamente* o poder de legis-

---

4 Em meados do século XIV foi encontrada na basílica de Latrão uma tábua de bronze contendo parte da lei que deu a Vespasiano os poderes com que governou Roma até o ano de 79. Desta lei se verifica que o poder imperial, ainda que por ficções, vinha do povo e era *legalmente* outorgado, talvez como lembrança do tempo da *realeza*, em que o Rei, depois de eleito, apresentava aos *comícios das cúrias* uma lei para confirmar a sua própria eleição. O bronze de Latrão diz que o Senado dera a Vespasiano a direção das coisas *divinas* e *humanas*, podendo modificar as leis e exercer os poderes *tribunício* e *consular*, como já se havia feito com Augusto e seu sucessor Tibério. (Veja-se Accarias – *Préc. de Droit Rom.* –).

5 Ulpianus – *Dig.* – de *Constit. princ.* – L. I, T. IV, fr. 1º «Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum *lege regia,* quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat». E a autoridade das *constituições imperiais* atingiu a tal ponto que o Imperador Constantino chegou a afirmar que só ao Imperador é que competia interpretar e fixar aquilo que fosse mais conforme à *eqüidade* e ao *direito* – "*Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*" – *Cod.* – *de Legibus* – L. I., T. XIV, Const. 1ª.

lar sobre tudo quanto fosse de sua vontade, quer estabelecendo princípios ou regras indispensáveis para resolver casos novos, quer revogando leis ou constituições anteriores, próprias ou de antecessores seus.[6]

Ao lado, pois, dos *senatusconsultos*, dos *editos dos magistrados* e das *respostas dos prudentes*, reminiscências da intervenção do elemento popular na confecção das leis, vinham as *constituições imperais* contribuindo eficazmente para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito Romano, quer público, quer privado.

Exercendo o Imperador os poderes que acima assinalamos e manifestando a sua vontade soberana, na administração política e judiciária, por várias maneiras, as constituições que dele provinham revestiam formas diferentes e recebiam, por isso, denominações diversas.

Marezoll[7] as distribui em *quatro gêneros*, subdividindo um destes em *três espécies*; tais são:

1° *Leis*, propriamente ditas, para serem aplicadas em geral, denominadas – *edicta*, *edictales leges*, *generales leges*, *constitutiones ad omnes*, *leges perpetuo valituræ*, ou, simplesmente, *perpetuæ*;

2° *Respostas* à consultas e memórias, que, em sentido *stricto*, chamavam-se *rescripta* e subdividiam-se em:

a) – *Epistolæ*;

b) – *Subscriptiones*, *subnotationes* e *adnotationes*;

c) – *Sanctiones pragmaticæ*;

3° *Instruções* dadas a funcionários imperiais, chamadas mandato e, finalmente,

4° *Sentenças* proferidas em processos sujeitos à decisão imperial, que recebiam a denominação de *decreta*.

Barros Guimarães[8], Pinto Junior[9], R. Porchat[10] e outros, fundados em Accarias, Heinécio, Glück, Savigny e Ortolan, fazem outras

---

6 Modestinus – *Dig.* – cit. *de constit. princip.* – fr. 4° – «Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his, quæ ipsas præcesserunt».

7 *Lehrbuch der Institutionem des römischen Rechts* – Leipzig – 1839 – § 24.

8 *Elementos de Direito Romano* – (2ª ed.), XIII, § 2°, página 81.

9 *Curso Elementar de Direito Romano* (ed. de 1888) Cap. X, págs. 143 e seguintes.

10 *Curso Elementar de Direito Romano* (ed. de 1907), I vol., § 31, ns. 309 e seguintes.

divisões, tais como: *gerais*, *especiais* ou *pessoais*, tomando para critério da divisão o objeto sob que versam; *editos*, *decretos* e *rescritos*, segundo a *forma* dada à manifestação da vontade imperial, etc. Estas divisões têm importância porque a força legal de cada uma das espécies mencionadas variava consideravelmente.

Por via de regra, os *edicta*, *edictales leges*, *generales leges*, *perpetuo valituræ* ou *perpetuæ*, como leis gerais que eram, depois de publicados em Roma ou Constantinopla, eram enviados às capitais e cidades principais do Império, acompanhados de instruções especiais para a publicação. Tinham força de lei para todos os efeitos, pois, recebiam a aprovação do Senado ou, quando tal não acontecia, levavam a declaração de que tinham força de *edito*, isto é, que deveriam ser comunicados a todos os juízes, ou melhor, quando expressamente continham o que o Imperador havia declarado na decisão de certo caso e queria que se aplicasse a casos análogos[11]. Era por meio dos *edicta* que os Imperadores *espontaneamente* criavam *direito novo* ou interpretavam, confirmavam ou modificavam o Direito existente, chegando até, muitas vezes, à revogação do Direito vigente de aplicação comum.

Os *rescripta*, como respostas dadas às consultas e memórias enviadas ao Imperador, constituíam um gênero, recebendo denominações particulares as espécies em que as respostas eram dadas.

Assim, chamavam-se *epistolæ* as respostas dadas aos *magistrados* em cartas, escritas em papel separado, ficando arquivadas a consulta, em original, e cópia da resposta; *subscriptiones*, *subnotationes* e *adnotationes* as respostas dadas às consultas dos particulares, escritas no próprio papel da consulta e logo abaixo desta; *sanctiones pragmaticæ* eram as respostas da-

---

11 É o que dizem os Imperadores Teodósio e Valentiniano (ano de 426) na constituição 3ª do L. I, T. XIV – *Cod.* – *De Legibus* –, quando assim se exprimem: – «Leges ut generales ab omnibus æquabiliter in posterunt observentur, quæ vel missæ a nobis ad venerabilem cætum oratione conduntur, vel inserto EDICTI vocabulo nuncupantur: sive eas nobis spontaneus motus ingesserit, sive precatio, sive relatio, vel lis mota legis occasionem postulavenit. Nam satis est EDICTI eas nuncupatione censeri, vel per omnes populos judicum programmatibus divulgari: vel expressius continere, QUOD PPINCIPES CENSUERINT EA, QUÆ IN CERTIS NEGOTIIS STATUTA SUNT, SIMILIUM QUOQUE CAUSARUM FACTA COMPONERE.»

das às corporações, como o *municipium*, a *civitas* e a *provincia*, tratando principalmente de assuntos administrativos, embora contivessem, algumas vezes, regras gerais de Direito fiscal, ao mesmo tempo que concessões de privilégios ou *jus singulare*.

Os *mandata* eram instruções enviadas aos governadores e funcionários a respeito da administração dos negócios públicos, nos quais, muitas vezes, incluíram os Imperadores regras de Direito Penal e de Direito Civil, à semelhança do que fazia o Senado com os seus representantes nas Províncias senatoriais[12].

Embora emanados do Imperador e, em regra, motivados por uma necessidade de ordem pública, os *mandata*, a princípio, tomavam a forma de ofícios, mas, foram, pouco a pouco, se desenvolvendo, e de tal maneira, que chegaram a ter a forma de um código e se impuseram como verdadeiras *constituições imperiais*.

Os *decreta* eram as constituições pelas quais o Imperador resolvia, por sentença com conhecimento de causa, ou por *interlocutoria*, sem figura de juízo, os casos que lhe eram submetidos à apreciação (*vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est...*)[13].

Em regra, os *decreta* não eram atos emanados diretamente dos Imperadores, mas, sim, do *conselho imperial*, formado pelos mais distintos jurisconsultos da época, cujos pareceres, em forma de sentença, depois de apreciados pelos monarcas, recebiam sua aprovação e eram redigidos em

12 Alguns romanistas excluem os *mandata* da classe das constituições imperiais e isto porque Justiniano (*Inst. – De jure naturale, gent. et civili* – L. I. T. II, § 6º) assim se exprimiu, relativamente às constituições imperiais: «...*Quodcumque ergo imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcecepit, legem esse constat*» – e, portanto, só consideram como *espécies* do *gênero* os *edito*, os *rescripta* e os *decreta*, pois, somente a respeito destas espécies alude o Imperador. Mas, a razão da omissão dos *mandata* provém do fato de não ter Gaius a eles se referido (*Inst. – Comm.* I, § 5º), o que já havia determinado a Gregorius e Hermógenes não incluí-los nos Códigos Gregoriano e Hermogeniano. Veja-se também o texto de Ulpianus (*Dig. – De const. princip.* – L. I, T. IV, fr. 1º, §§ 1º e 2º) do qual se pode concluir que somente os atos do Imperador que assumiam o caráter de *privilégio*, *pena* e *perdão* escapavam à classe das constituições, por serem *pessoais*.

13 Vide Ulpianus – cit. supra.

nome e como se tivessem sido da lavra dos Imperadores. Daqui o chamar-se *auditorium* ao *consilium principi*, quando ouvido a respeito de matéria de *decreto*.

Sobre a autoridade legal de cada uma destas espécies de constituições, não estão de acordo os romanistas, mesmo porque essa autoridade variou, através do tempo em que se operou a evolução do poder legislativo, atribuído ao Imperador, ou por este usurpado às autoridades até então investidas dessa função.

Paulo Krüger[14], por exemplo, observa que, a princípio, não tendo os Imperadores autoridade legislativa, limitaram-se a interpretar as leis, sem, todavia, derrogá-las e só mais tarde foram, pouco a pouco, logrando essa autoridade. Em regra, as constituições perdiam a sua força com a expiração do poder imperial e só quando o sucessor as renovava tornavam-se válidas. "Se se tratava dos *mandata*, disposições que tinham um caráter puramente pessoal, deixavam, desde logo, de estar em vigor, por ocasião da morte do Imperador de quem emanavam; pelo contrário, as *leges datæ* conservavam toda a sua força. Dada a analogia que existia entre os *editos imperiais* e os *edicta perpetua* dos magistrados com *jurisdictio*, pode crer-se que os editos dos Imperadores careciam ser renovados". Esta é também a opinião de Pernice[15].

Mommsen, que faz distinção entre as constituições *interpretativas* do Direito vigente e às que *criavam* Direito novo, entende que estas careciam de confirmação[16] e Kuntze presume que os imperadores estavam ligados pelas disposições de seus predecessores, se estes os haviam chamado ao trono; em caso contrário, não estavam obrigados a respeitá-las.[17]

A própria organização e autoridade do *consilium Principi*, formado principalmente de *comites* e *amici Principi*; tiveram suas épocas de menor e maior importância no estudo e solução dos casos.

---

14 Cit. *Hist. – Font. e Lit.* – § 14, págs. 97 e 98.

15 Z. d. Savigny – *Stiftung*, VI, 294.

16 (910, 914, 924).

17 *Die oblig. im rörn. u. heut. R.* (1886), pág. 377. Vid. Krüger – *loc. cit.*, onde foram bebidas as informações consignadas.

Até ao governo de Adriano não foram muitas as constituições imperiais publicadas e o fato de ter o Código de Justiniano colecionado apenas constituições a partir do sucessor de Trajano, parece indicar que as dos 13 Imperadores precedentes[18] não tinham importância.

Entretanto, Savigny[19] conseguiu recolher vários editos dos primeiros imperadores, relativos a assuntos de Direito Privado, utilizando-se, para isso, de indicações fornecidas por várias fontes. Estes editos atingem ao número de 16, sendo 4 de Augusto, 4 de Cláudio, 2 de Vespasiano, 1 de Domiciano, 1 de Nerva e 4 de Trajano.

As constituições imperiais eram, em regra, redigidas na língua latina e somente depois da divisão do Império em oriental e ocidental, passando a corte para Constantinopla, foi que começaram a ser empregadas na redação das leis certas expressões da língua grega, embora na linguagem dos jurisconsultos e dos homens de ciência tais expressões já fossem freqüentes e muitas obras de Direito já tivessem sido publicadas nesse idioma.

Alguns Imperadores do Oriente foram mais adiante, redigindo muitas das suas constituições na língua de Sócrates, a princípio, quando se dirigiam aos Presidentes e demais auxiliares da administração das Províncias greco-romanas e, depois, até mesmo quando as destinavam às autoridades de Constantinopla.

Os antecessores de Justiniano (Justino I, Anastácio, Zenon, Leão I e Marciano, de 490 a 518) publicaram inúmeras Constituições em língua grega, principalmente depois que, em 467, sob Leão I, cessaram de vigorar as chamadas Novelas Pós-Teodosianas.[20]

---

18 Augusto, Tibério, Calígula, Cláudio, Nero, Galba; Oton, Vitellio, Vespasiano, Domiciano, Nerva e Trajano (de 31 a 117 d. de Jesus Cristo).

19 *Sist. do D. Rom.* – vol. I, § 23, not. a.

20 A esse tempo a instabilidade dos governos do Ocidente era, talvez, a causa fundamental da decadência do cultivo do Direito. Os Imperadores Petronius Maximus, Avitus, Majorianus, Severus, Anthemius, Olybrius, Glycerius, Julius, Nepos e Romulus Augustulus (de 455 a 475) como que foram os preparadores da queda do Império do Ocidente e da sua dominação por Odoacro. A não serem Majorianus e Severus, nenhum dos outros deixou traços assinalando a passagem pelo trono relativamente à cultura do Direito.

Foram também publicadas algumas constituições em ambas as línguas, grega e latina; mas, parece que isto só se fazia em casos especiais e quando o Imperador queria que todos os povos, do Oriente e do Ocidente, tomassem conhecimento uniformemente de suas determinações. Entre as constituições escritas em ambas as línguas, merece especial referência aquela pela qual Justiniano promulgou, em 16 de dezembro de 533, o *Digesto* ou *Pandectas*, geralmente conhecida pela denominação de *Tanta*,[21] assim chamada porque começa pela expressão: "*Tanta circa nos divina humanitatis est providencia, ut semper æternis liberalitatibus nos sustentare dignetur.*"

Estava a cargo da Chancelaria Imperial, sob a direção do *Magister officiorum*, o trabalho de escrever as constituições, o que era feito, em caracteres alfabéticos especiais, pelos *Magistri mimorie, libellorum et epistularum*, sendo, depois, submetidas, à assinatura do Imperador, que a lançava em tinta vermelha, e à referenda do *Quæstor sacri palatii.* Em seguida eram enviadas às autoridades a quem se destinavam e estas as transcreviam nos *regesta*, declarando a data em que as receberam (*acepta*) e a da sua publicação (*proposita*).

CÓDIGOS GREGORIANO, HERMOGENIANO E TEODOSIANO – No dia 17 de setembro de 284, o simples *Diocles*, filho de um escravo da Dalmácia, subiu ao trono em que se sentara o grande Marco Aurélio e, não obstante a modéstia de sua origem e a falta de cultura literária e jurídica, tornou-se notável pelas grandes reformas que introduziu na administração dos negócios militares e civis do Império Romano.

Embora implacável e cruel para com aqueles que incorriam no seu desagrado, Diocleciano procurou estudar a história da vida dos grandes homens que se haviam distinguido pelo saber e, dos conhecimentos obtidos, se não conseguiu abrandar a crueldade, todavia, tirou a lição para dirigir-lhe a conduta nos atos de governo tendentes ao aperfeiçoamento do espírito da mocidade contemporânea.

Criou em Nicomédia uma escola de ensino superior e colocou à frente de sua direção um dos espíritos mais cultos daquele tempo, o cé-

---

21 *De Confirmatione Digestorum* – Apêndice V.

lebre retórico Lactâncio, que não tardou em considerar o seu protetor um *covarde* vulgar, ao serviço de uma *avareza* acentuada.

Embora a época do seu governo não possa ser elevada à categoria de berço do «*século de ouro*», como queria Lamprido, todavia, não há dúvida de que os anos de paz externa e as reformas administrativas, que assinalaram a sua passagem pelo poder, deixaram vestígios indeléveis na história de Roma, interrompendo a série de Imperadores que vinham preparando a queda do colosso e precipitando a dissolução dos elementos de seu formidável poder.

Bastou que o novo monarca começasse a manifestar desejos de melhorar a situação intelectual da nação, para que começasse, desde logo, a aparecer quem se interessasse pelos melhoramentos imprescindíveis no Direito, cuja cultura sempre foi o objetivo dos intelectuais da pátria de Labeo.

É sabido que, a esse tempo, as fontes do Direito estavam, por assim dizer, reduzidas a duas classes: a do *Jus*, representada pelos escritos dos jurisconsultos, principalmente dos que mais se distinguiram desde Augusto até Alexandre Severo, e a das *Leges*, representada pelas constituições imperiais.

Era, pois, necessário coordenar sistematicamente essas fontes, operando-se, assim, a *sístole jurídica* imposta pelo grande desenvolvimento e larga messe de elementos criados pela *diástole* que, havia mais de dois séculos, se vinha realizando pelo concurso dos jurisconsultos, no árduo labor de análise e aperfeiçoamento do Direito existente.

A coordenação do *Jus* apresentava dupla dificuldade: o *jus controversum* exigia, pela sua extensão, um trabalho formidável e um conhecimento integral das obras dos grandes jurisconsultos, cujo número era quase incalculável, e carecia de autoridade especial para que a coordenação recebesse o cunho oficial e, assim, pudessem ser dirimidas as controvérsias. Foram, naturalmente, essas duas dificuldades, ou, pelo menos, a última, que impediram a codificação do *Jus,* tentada, posteriormente, sem resultado, no tempo de Teodósio II, não obstante o bafejo oficial do Imperador.

Quanto à coordenação das *Leges,* porém, o trabalho não só seria mais exaustivo, como, virtualmente, não carecia de autoridade especial, porque as constituições eram, em sua maior parte, *rescriptos,* com as soleni-

dades exigidas para valerem com força obrigatória[22] e, por isso, a sua autoridade dependeria unicamente de simples confrontação com o original.

E tanto assim é que várias tentativas de codificações, mais ou menos extensas, de constituições, já tinham sido levadas à realização prática, no intuito principal de facilitar à consulta por aqueles que tinham necessidade de recorrer freqüentemente a essas fontes do *jus scriptum.*

Um célebre gramático de nome Dositeu fez uma coleção de constituições do Imperador Adriano, dando-lhe uma denominação grega; Papirius Justus também organizou um volume de vários rescritos de Marco Aurélio e Vero; Julius Paulus reuniu em seis volumes vários decretos imperiais, dando à sua obra a denominação de – *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum* – e o grande Ulpianus, talvez para tornar mais patente o seu ódio aos cristãos, colecionou também as constituições que continham disposições contrárias aos adeptos da religião do Nazareno.

Estas coleções, porém, se por um lado mostravam a necessidade da sistematização e ordem nas *Leges,* por outro lado, impunham trabalhos de maior proporção, porque as suas deficiências eram causa, talvez, do esquecimento de abundante material que muito poderia auxiliar a construção de verdadeiros monumentos legislativos.

Com o advento do governo de Diocleciano, tomando o Estado uma direção nova de aperfeiçoamento em torno das instituições criadas, uma certa atividade intelectual manifestou-se em vários ramos de cultura literária e isto deu lugar ao aparecimento de alguns homens de valor, que procuravam reatar a corrente das conquistas da inteligência, por tão largo tempo interrompida pelas preocupações das conquistas, da força, principalmente nas sedições intestinas para alcançar poder público.

---

22 Os requesitos exigidos para isso eram: 1º data (dia, mês e consulado – *"Si qua beneficia personalia sine die et consule fuerint deprehensa auctoritate careant" – Cod. – De diversis rescriptis* – L. I, T. XXII, const. 4ª), – 2º – verdade nos motivos da consulta ("Si preces veritate nitantur" – *Cod.* – loc. cit. – *const.* 7ª); 3º assinatura do próprio punho do Imperador, sendo o rescripto autêntico e original (*"Sancimus ut authenticc ipsa at que originalia rescripta, et nostra etiam manu sulscripta, non exempla eorum insinuentur"* – *Cod.* – loc. cit. – *const.* 3ª). Além destes, outros requisitos existiam, mas, não eram privativos dos rescritos, pois, se aplicavam às demais constituições, como por exemplo – não prejudicar direitos adquiridos, ser registrado nos *acta publica,* etc.

CODEX GREGORIANUS – Foi a este tempo que apareceu um jurisconsulto de nome Gregorius,[23] que fazendo parte do *Consilium Principi*, teve oportunidade de verificar a necessidade de reunir em um só corpo as constituições imperiais, a fim de atender as múltiplas consultas que iam ter ao *consilium*, onde talvez exercesse as funções de maior destaque devido ao seu merecimento intelectual.

Provavelmente a coleção organizada não reunia constituições de todo gênero, mas, somente *rescripta*, sob as várias formas que eles tomavam – *epistolar, subscriptiones, subnotationes, adnotationes e sanctiones pragmaticae.* Encontramos a razão disso no fato de tratar-se de *respostas* dadas a consultas, que nem sempre eram submetidas ao processo das demais constituições, cuja redação estava a cargo da Chancelaria Imperial, sob a direção do *Magister Officiorum.*[24]

---

23 Acerca deste notável jurisconsulto pouco, ou quase nada, se sabe. Até o próprio nome ainda é objeto de dúvida, pois, muitos romancistas chamam-no uns Gregorius e outros Gregorianos, da mesma forma que fazem com Hermógenes, que é também conhecido por Hermogenianus. Parece, porém, que a verdade está com Mackeldey, que afirma serem os nomes *Gregorius* e *Hermogenes,* invocando a *Consultatio Veteris Jurisconsulti.* Efetivamente, pelo menos com relação ao último, vê-se na *Consultatio* (Cap. IX, *in fine*) uma Constituição, cujos dizeres iniciais são *"Impp. Diocletian. et Maximiam. A. A. Aurelio Hermogeni militi"*, o que bem mostra que, no próprio tempo em que viveu Diocleciano, este chamava aquele *Hermogeneus* e não *Hermogenianus.*

Não há dúvida que Gregório organizou o seu trabalho no tempo de Diocleciano, pois que em uma constituição do seu código, de 290, traz a inscrição de *domini nostri,* prova de que o trabalho era contemporâneo do Imperador.

24 Foi devido talvez a um certo descaso na formação material dos atos escritos pelo Imperador e também à falta de autenticidade de muitos que corriam em juízo, que, Leão se viu forçado a baixar aquela constituição em que ordena: "Sacri affatus quoscumque nostroe mansuetudinis in quacumque parte paginarum scripserit autoctoritas, non alio vultu penitus, aut colore, nisi purpurea tantummodo inscriptione lustrentur: scilicet ut cocti miricis et triti conchilii ardore signentur; eaque tantummodo faz sit proferri vel dici rescripta in quibuscumque judiciis, quae in chartis sive membranis subnotatio nostroe subscriptionis impresserit. Hanc autem sacri encausti confectionem nulli sit licitum aut concessum harbere, aut quaerere, a quocunque sperare; eo videlicet, qui hoc aggressus fuerit tyrannico spiritu, post proscriptionem bonurum omnium capitali non immerito poena plectendo. – (*Cód.* – cit. L. I, T. XXIII, const. 6ª).

Entre as constituições reunidas, cujo número ao certo se não sabe, figuravam, como a mais antiga, uma de Septimo Severo[25] e, como a mais moderna, outra de Diocleciano e Maximiano,[26] aquela do ano de 196 e esta do ano de 295, não obstante conjeturarem alguns romanistas que, entre as mais antigas, existiam algumas de Adriano, e entre as mais modernas, não só as de Diocleciano, como também de Constantino.[27]

O trabalho de Gregorius era dividido em treze *livros,* pelo menos,[28] e estes em *títulos,* dentro de cada um dos quais foram agrupadas as constituições, conservando-se, mais ou menos, a mesma ordem de matérias adotadas no *edicto perpetuo.*

Não existe um exemplar autêntico do trabalho de Gregorius; mas, várias têm sido as tentativas para restabelecer o texto primitivo, principalmente da parte dos romanistas alemães.

Gustavo Hoenel, procurando em várias fontes e principalmente no *Breviarium Alaricianum,* na *Consultatio Veteris Jurisconsulti,* na *Mosaicarum et Romanorum Legum Collatio* e nos *Fragmenta Vaticana,* conseguiu reunir 70 constituições, formando 35 títulos, sendo publicados no *Corpus Júris antejustinianei,* organizado pelos notáveis professores da Universidade de Bonn, em 1837, sob a denominação de *Codicis Gregoriani et Codicis Hermogencani fragmenta,* ad XXXV *librorum mss, et priorum editionam fidem recognovil et annotatione critica instruxit Gust.*

25 Esta constituição encontra-se na *Consultatio Veteris Jurisconsulti,* com a declaração de ter sido retirada *es corpore Gregotiani.*

26 Encontra-se na *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio* (Tít. VI, Cap. IV), dizendo-se ter sido exibida do Liv. V, sob o título *de Nupttüs* do Código Gregorianus.

27 Se assim é, o que não acreditamos, o trabalho de Gregorius não foi organizado sob Diocleciano, porque este abdicou em 305 e somente no ano seguinte (306) foi que Constantino substituiu seu pai. E não acreditamos que o Código Gregoriano contivesse constituição alguma do grande Imperador, porque, a ser isso verdade, a sua confecção deveria ter lugar ao tempo de Constantino (ano de 306 a 337), o que não consta na História, hoje larga e detalhadamente conhecida pelos trabalhos dos historiadores cristãos.

28 Nos *Fragmenta Vaticana* encontram-se várias constituições recolhidas do Código Gregoriano, indicando-se o *livro XIII* como fonte. Haja vista o que ocorre com as constituições transcritas nos §§ 266 a. e 272.

Haenel. Segundo Pou y Ordinas,[29] o plano do Código Gregoriano foi reconstruído da seguinte forma: –

Libro I –. 10 *De pactis.* – 11 *De transactionibus.* – 12 *De postulando.*

II –. *De his quae vi metusve causa gesta sunt. De dolo malo? Si adversus donationes sponsis jactos in integrum quis restitui velit.* – 17 *Si minora hereditate se abstineat.* – *Si major juerit probatus. De inofficioso testamento.*

III –. *De repetitione hereditatis.* – *De rei vindicatione.* – *Se sub alterius nomini res empta juerit.* – *De jamiliae herciscundae et communi dividundo.* 11 *De jurejurando?* – 12 *Si certum petatur.* – *Si cume o, que in eliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.*

IV–. *Si debito persoluto instrumentum apud creditorem remanserit.* – *Si amissis vel debitori redditis instrumenis creditum petatur.* – *De deposito.*

V –. *De nuptiis* – (Este título tinha pelo menos 32 constituições).

VI –. 18 ou 19 *Arbitrium tutelae.* – *De libertatis principis?* – *De operis libertorum.*

X –. *Quibus res judicata non noceat.* – *De confessis.*

XII –. *De sponsoribus et jidejussoribus.*

XIII –. *De patria potestate.* – *De donationibus.*

XIV – (?) – *De accusationibus.* – *Ad legemneliam de adulteriis.* – *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficii.* – *De maleficiis et Manechais.*[30]

Em geral os romancistas dão ao trabalho de Gregorius a denominação de *Gregorianus Codex,* não porque assim fosse chamado por seu autor ou pelos jurisconsultos contemporâneos, mas sim porque foi escrito

29 *Hist. Ext. del. D. Rom.* – pág. 337.

30 A interrogação inicial está mostrando que o ilustre romanista tem dúvida quanto á existência deste livro XIV, pois, é certo que ele mesmo, fundado nos *Fragmenta Vaticana,* afirma que o Código Gregoriano estava *dividido em livros,* cujo *número devia ser pelo menos o de treze.* Além deste plano, que o ilustre romanista bebeu no trabalho de Hoenel, cumpre não esquecer o trabalho de Paulo Krüger, publicado, em 1890, em uma nova edição, no vol. III, da *Coll. Librarum juris Antejust.*

em pergaminho e em forma de livro (quadrilátero), ao invés de que se costuma fazer, isto é, em rolos de papel. Cumpre, porém, lembrar que nas indicações das fontes para sua organização, a *Consultatio* usa sempre da expressão – *ex corpore Gregoriani.*

CODEX HERMOGENIANUS ou CORPUS HERMOGENIANI. – É uma ampliação do anterior, embora tivesse o seu autor dividido a coleção de forma diferente. Com efeito, ao passo que o Gregoriano era dividido em *livros* e estes subdivididos em *títulos*, o Hermogeniano constituía um *líber singularis,* dividido apenas em *títulos.*

Afirmam alguns autores que contando este código *sete rescritos* dos Imperadores Valens e Valentiniano I, dos anos de 364 e 365, deveria ter sido confeccionado, pelo menos, ao ano de 365.

Efetivamente, vê-se na *Consultatio,* Cap. IX a., os aludidos sete rescritos, com a declaração de terem sido extraídos *Ex corpore Hermogeniani,* com as datas correspondentes aos anos de 364 e 365 e dizendo que foram expedidos pelos Imperadores *Valens* e *Valentiniano.*

Entretanto, Paulo Krüger[31] ensina que para determinar a data do aludido Código Hermogeniano há um ponto de partida seguro em três Constituições do Código de Justiniano, que trazem a inscrição – *Impp. Constantinus et Licinius A. A.* Estas constituições não podem ter sido tomadas do Código Teodosiano, porque o nome Licínio não figura nas deste Código. Também devia ter sido riscado das do Hermogeniano se esta compilação houvesse sido feita depois da *cassação* dos atos de Licínio no ano de 333. O Código Hermogeniano, pois, deve ter sido composto entre os anos de 314 e 332; os rescritos – relativos a processos – que contém, e que datam dos anos de 364 e 365, foram tomados, sem dúvida, de uma redação acompanhada de apêndices.

Seja, porém, como for, o que não padece dúvida é que o referido Código foi organizado antes do ano de 398, porque tendo os Imperadores Honório e Arcádio retirado, em dito ano, a força legal dos rescritos e sendo as constituições reunidas no *Corpus Hemogeniani* em sua maioria de tal espécie, inútil seria a sua codificação. Os romanos

---

31 Cit. *Hist. Font, e Lit. del D. Rom.* Pág. 263.

eram muito práticos e por isso não incluiriam em um corpo de legislação disposições sem vigor.

Como uma espécie de complemento do Gregoriano, as constituições do Hermogeniano são, em sua maioria, do tempo de Diocleciano, a começar de um rescrito deste Imperador, do ano de 287, reproduzido em 291, e que já havia sido contemplado no Gregoriano,[32] seguindo-se uma de 293, doze de 293, e havendo muitas sem data.

Pelo fato de haver no Hermogeniano algumas constituições que estavam contempladas no Gregoriano, opinam alguns autores que isto somente se explica, admitindo-se a hipótese de que o primeiro a ser organizado (*Gregoriano)* destinava-se ao Ocidente e o segundo (*Hermogeniano)* ao Oriente.

Como os do anterior, os subsídios para restabelecer parte do Código Hermogeniano têm sido fornecidos pela *Collatio, Consultatio, Fragmenta Vaticana, Breviarium Alaricianum e Lex Borgundionum* – e, em regra, os trabalhos relativos ao gregotiano são sempre acompanhados de outros sobre o Hermogeniano.

CODEX THEODOSIANUS. – Estes dois Códigos, meras coletâneas feitas por particulares, sem cunho de autoridade, embora tivessem prestado valioso serviço ao registro das *Leges,* todavia, não puderam atingir aos que talvez visassem os seus autores e daí a necessidade, reconhecida por Teodósio II, de realizar com o auxílio de grandes jurisconsultos uma codificação integral, de *Jus* e *Leges.*[33]

---

32 O aludido rescrito é concebido nos termos e está na *Collatio* com os dizeres seguintes: Hermogenianus sub titulo de *Nuptiis*: Impp. Diocletianus et Maximianus Augusti Flaviano. His qui incestas nuptias per errorem contrahunt, ne poenis subjiciantur, ita demun elementia Principum subvenit, si postea quam errorem suum rescierint illico nefarias nuptias deremerint. Prop. Id. Mart. (Tiberiano) et Dione Cass. – Hanc quoque constitutionem Gregorianus titulo de Nuptiis inseruit, quae est trigesima et secunda, aliis tamen et die et Cass., Id est; constitutio P. P. V Id. Jun., Diocleciano ter et Maxim. Augustis. – *Collatio* – Tít. VI, Cap. V.

33 A história da época e da vida de Teodósio pode ser lida com proveito no magistral trabalho do historiador inglês Edward Gibbon – *History of the decline and fall of the roman empire* – de que há tradução em todas as línguas inclusive a portuguesa (Suplemento à tradução da *Historia* de Roma de Victor Duruy, feita por Pinheiro Chagas – vol. 4º, págs. 279 e seguintes).

Depois da publicação dos dois Códigos precedentes, os Imperadores Constantino Magno, Constantino II, Constâncio, Constans, Magnentius, Juliano, Joviano, Valens, Valentiniano I, Graciano, Valentiniano II e Valentiniano III, de 306 a 437, haviam publicado tantas constituições, principalmente sob a forma de *leis gerais (edicta, editales leges, generales leges, constitutiones ad omnes, leges perpetuo valiturae* ou simplesmente, *perpetuae),* que se impunha a coordenação delas, de forma a poderem ser bem conhecidas e aplicadas aos casos ocorrentes.

Se, por um lado, isso se verificava em relação às *Leges,* por outro lado, e com maioria de razão, desesperada era a situação do *Jus,* pois que os trabalhos dos Jurisconsultos constituíam um verdadeiro caos, a ponto de já haver Teodósio II, para remediar a situação, feito publicar a celebre *Lei das Citações,* por força da qual o vasto cabedal da literatura jurídica ficou reduzido aos trabalhos de 9 jurisconsultos.[34]

Não obstante haver a *Lei das Citações* conjurado, em parte, a situação do *Jus,* entendeu Teodósio II ser imprescindível operar a *sístole* integral, com distinção, porém, entre *Jus e Leges.*

Para obtenção deste fim, nomeou, em 429, uma omissão de 8 membros, todos de elevada posição social e de destaque na administração pública, para organizar dois códigos, um, de caráter científico, contendo os mais notáveis trabalhos dos Jurisconsultos mais considerados, outro, das contituiçoes de caráter geral já consignadas nos Códigos Gregotiano, Hermogeniano e as posteriores que foram incluídas no Código Teodosiano.[35]

---

34 Gaius, Papinianus, Paulus, Ulpianus, Modestinus, Scoevola, Sabinus, Julianus e Marcelus. Veja-se L. 1º, T. III. Contemporaneamente, os cursos de direito foram divididos em 5 anos, servindo de compêndio as *Institutas de Gaius,* os *Livros de Ulpianus sobre o Edito* e as *Respostas de Papinianus.*

35 Cód. Teod. – *de const. Princip.* – L. I, T. I, const. 5ª – : *Ex his autem tribus codicibus et responsis,* eorumdem opera qui tertium ordinabunt, noster erit alius, qui nulum errorem, nullas patietur ambages, qui nostro nomine nuncupatur, sequenda omnibus vitandaque monstrabit.
Electos vestra amplitudo cognoscat. *Antiocham, virum illustrem,* ex quaestore et proefecto elegimus, *Theodorum,* virum spectabilem, comitem et magistrum memoriae; *Eudicium et Euzebium,* viros spectabiles, ex magistris scriniorum, et Appelent virum disertissimun, scholasticum. Cód. Teod. – (de Wenck – *De Const. Princip.* – L. I, T. I. – Veja-se o Apêndice V.

A comissão, porém, não conseguiu levar a bom termo o seu trabalho, ou porque reconhecesse as extraordinárias dificuldades com que teria de lutar e temesse enfrentá-las sem resultados práticos, ou por faltar em seu seio um homem de real merecimento e na altura de tamanha empresa. Não obstante isto, o Imperador não desistiu de seu propósito e tratou de realizá-lo, embora reduzindo o trabalho a proporções mais modestas, limitando-o à codificação de *Leges* somente e, assim mesmo, restritas às *constituições gerais* e *editos,* desde o Imperador Constantino Magno até às do seu tempo.

Foi por isso que, em 12 de janeiro de 435, baixou uma constituição pela qual ordenou a confecção de um código composto unicamente de *omnes edictales generalesque constitutiones* e para este fim nomeou uma comissão de 16 membros,[36] sob a presidência de *Antiochus, amplissimus atque gloriosissimus, praefectorius ac consularis.* Foram outorgados amplos poderes aos Comissionados para dividir o código em *livros* e estes em *títulos,* guardando a dupla ordem de *antiguidade* e *matéria* das constituições, podendo suprimir, adicionar, esclarecer, mudar, modificar, corrigir, emendar tudo quanto julgassem necessário, de maneira que o trabalho pudesse ser levado a termo sem obstáculo algum.[37]

Animados de boa vontade e provavelmente desejosos de prestar um excelente serviço às letras jurídicas, os membros da comissão entregaram-se ao trabalho e dentro do prazo de 3 anos concluíram o Código, que, como já o denominara o próprio Imperador, ficou sendo chamado *Codex Theodosianus,* sendo promulgado pela constituição. – *De Theodosiani Codicis Auctoriatate –,* datada de 15 de março de 438 –[38], na qual ficou

36 Cód. Teod. – loc. cit. – const. 6, § 2º – Eram eles, além de Antiochus, – *Eubulus,* illustris ac magnificus, comes ac quaestor noster; – *Maximinus,* vir illustris, insignibus quaetoriae dignitatis ornatus; – *Sperantius, Martyrius, Alipius, Sebastianus, Apollodorus, Theodorus, Oron,* spectabiles; comitês consistoriani; – *Maximus, Epigenius, Diodorus,* Procopius, spectabiles, comitês et magistri sacrorum scriniorum; Eurotius, vir spectabilis, ex-vicariis... tor (quaestor); – *Neuterius* vir spectabilis, ex... (quaestor) – Veja-se Apêndice VI.

37 Cód. Theod. – loc. cit. – § 1º – Quod, ut, brevitate constrictum, claritate luceat, aggressuris hoc opus et demendi supervacanea, et adjiciendi necessarria, et mutandi ambígua, et emendandi incongrua tribuimus potestatem.

38 Veja-se Apêndice VII.

expressamente estabelecido que das calendas de janeiro de 439 em diante não se poderia mais invocar outras constituições *ex Divi Constantini* e seus sucessores, nem aplicá-las na decisão de qualquer causa, a não serem as contidas no Código. As constituições dos imperadores anteriores a Constantino, que foram incorporadas aos Códigos Gregoriano e Hermogeniano, continuaram, porém, em vigor.

Pronto, assim, o trabalho, foi enviado a Valentiniano III, em Roma, que o submeteu à apreciação do Senado e, recebido festivamente, entre aplausos do povo, que, já sob a pressão dos vândalos, viu nesse fato como que um renascimento da gloriosa Roma do tempo em que o Direito constituía a sua máxima preocupação, foi aprovado, tendo sido lavrada uma ata, que, segundo Pou e M. Blondeau,[39] registra as variadas e entusiásticas aclamações dos senadores ao receberem a comunicação imperial.

Em 10 de janeiro de 443, os Imperadores Teodósio e Valentiniano dirigiram uma constituição aos *Constitutionariis,* na qual ordenavam que tomassem todo o cuidado para que as cópias do Código fossem sempre feitas com escrupulosa correção.[40]

O Código Teodosiano reuniu um grande número de constituições, a partir do ano de 311, abrangendo um período de tempo corres-

---

39 Cit. – *Hist. Ext. del Derecho Romano* – pág. 342; *Inst. de l'Emp. Just.* – tom. 2º, pág. 18. Veja-se Apêndice VIII.

40 Esta constituição, embora estivesse subordinada á rubrica – *Impp. Theod. Et Valentin,.* Partu somente de Valentiniano III. Está concebia em sequintes termos: – Vidimus id, quod invictissimus princeps, pater elementiae nostroe, in custodiendi Theodosiani codicis observatione proecepit, a senatu diligentia majore munitum, ut hi ad edenda exemplaria haberent tantum licentiam contributam, quas manebat periculum, si quid edita falsitatis habuissent. Et ideo vir illuster proefectus urbis, parens amicusque noster, ad cujus diligentiam pertinet, observare diligentius, quod pro omnium cautela descrevit senatus, sciet, vobis licentiam in edendis exemplaribus contributam confectionem quoque memorati corporis vestro tantum periculo procurandam, nec habeat val de editione vel de confectione commercium, cum ad vos certum sit redundare de falsitate discrimen. Interminatione mulctae precibus comprehensoe, et sacrilegii poena constringit tam cognitiale officium, quam eos, qui nostris minime paruerunt constitutis, omni obreptione cessante. Dat. X. Kal. Jan. Rom., Maximo II. Et Patesio VV. CC. Coss. (443). – M. Blondeau – loc. cit. – pág. 21.

pondente a 127 anos, com 17 imperadores, dos quais, 4 governaram do Oriente (Constantinopla), 2 do Ocidente (Roma) e 4, ora de uma, ora de outra parte do Império e isto a contar do ano de 364, em que ficou dividido o governo nos dois aludidos departamentos.[41]

Pelos vários trabalhos de reconstituição, levados a efeito por Cujacio, Du Tillét e Jacob Godofredo, vulgarizados por Marville em 1655, na obra, em 6 volumes, denominada – *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* –, bem como pelas descobertas posteriores de Amadeu Peyron, publicadas em 1824, sob o nome – *Theodosiani codicis fragmenta inedita* –, de Baudi de Verne, publicadas em 1839, do Cardeal Maï (*Vaticana Fragmenta)* e outros, pôde Hoenel obter a reedificação quase completa, do notável monumento, expondo-o, às vistas dos cultores do Direito Romano, em 1842, no *Corpus Juris antejustinianei,* publicação realizada pelos professores da Universidade de Bonn, à semelhança do que já haviam feito, em 1837, com os Códigos Gregoriano e Hermogeniano.

Segundo Pou y Ordinas,[42] dos 16 livros de que se compõem o Código Teodosiano, os 5 primeiros tratam do direito ordinário, segunto o sistema do edito; os livros VI, VII, VIII se ocupam do direito administrativo imperial; o livro IX destina-se ao direito penal; os livros X e XI contêm disposições sobre direito fiscal; os livros XII a XV dizem respeito ao direito comum e, finalmente, o livro XVI, reúne à legislação relativa à Igreja.

Detalhando a enumeração das matérias, Paulo Krüger[43] apresenta a distribuição seguinte:

---

41 Os Imperadores foram: Constantino Magno, Constantino II, Constâncio, Constans, Magnentius, Juliano (o apóstata), Joviano, Valens, Valentiniano I, Graciano, Valentiniano II, Teodósio I, Arcadius, Honório, Teodósio II, João (o tirano) e Valentiniano III. De 364 em diante, governaram, somente do Oriente: – Valens, Teodósio I, Arcadius e Teodósio II; governaram, somente do Ocidente: – João e Valentiniano III; os demais governaram, ora do Oriente, ora do Ocidente (Valentiniano I, Graciano, Valentiniano II e Honório).

42 Cit. *Hist. Ext.* – pág. 343.

43 Cit. *Hist. Font. e Lit.* – pág. 269.

Livro 1º, trata das fontes do direito e dos *ofícios* dos funcionários imperiais.

Livros 2º a 4º, correspondem à parte dos *Digestos*, em que estes se ocupam com o Edito.

Livros 5º a 15º, compreendem as matérias de que tratavam os apêndices desta parte dos *Digestos;* porém há, além disto, uma série de matérias análogas que não haviam sido tratadas nestes.

Livros 5º a 15º, compreendem as matérias de sucessões *ab intestato, ao postliminium* (tít. 7º), enlaçando os títulos sobre o cativeiro não reconhecido em direito, sobre a exposição e a venda das crianças de pequena idade, sobre os *adscripticii.* O fim do livro refere-se à *longa consuetudo* e aos domínios do imperador.

Livro 6º, contém as regras sobre a classificação e os privilégios das diversas *dignitates.*

Livro 7º, refere-se à *res militaris.*

Livro 8º tít. 1º a 11º, trata dos funcionários inferiores; tit. 12º a 15º das doações e dos atos análogos; tít. 16º do celibato e das *órbitas;* tít. 17º do *jus liberorum;* títs. 18º e 19º de matérias análogas, os *bona materna* e o *lucrum nuptiale.*

Livro 9º, compreende as disposições relativas ao direito penal; livro 10º, as relativas ao direito fiscal, e 11º aos impostos e à apelação.

Livro 12º, trata dos decuriões das cidades, das *munera municipalia*; livros 13º e 14º, dos privilégios e dos encargos das diferentes profissões e corporações; há também regulamentos de polícia, ditados, em particular, para as duas capitais do Império.

Livro 15º, se refere aos edifícios públicos, às peças de teatro, à cassação dos *actos tyranorum* e a proibição de uso de armas.

Livro 16º, encerra a legislação concernente à Igreja Cristã, hereges, apóstatas e pagãos.

Depois da organização do Código Teodosiano foram publicadas muitas constituições, não só pelos Imperadores Teodósio II e Valentiano III, conjuntamente e em virtude da chamada *sanctio pragmatica,* como

também pelos demais imperadores que se lhes seguiram no Oriente e no Ocidente, até o advento de Justiniano.[44]

Estas contituiçoes receberam a denominação de *Novellas Post-Theodosianas* e foram contempladas, em grande parte, nas codificações posteriores ao Código Teodosiano, como o *Breviário de Alarico,* o *Edito de Teodósio,* a *Lei dos Borgúndios* e os dois Códigos de Justiniano.

Os Códigos Gregoriano e Hermogeniano, embora organizados sem caráter oficial, e o Teodosiano, que tinha autoridade de lei indiscutível, por ter sido um trabalho mandado executar pelo Imperador, exerceram formidável influência na vulgarização da *Leges* e contribuíram largamente para a perpetuação das fontes que consolidaram, sem o que, talvez, não pudesse o eminente Triboniano dar execução prática ao vasto plano de codificação imaginado por Justiniano e tão gloriosa e eficazmente levado a termo na memorável época compreendida entre os anos de 529 e 534.

---

44 Tais foram, no Oriente: Marciano, Leão I, Leão II, Zênon, Anastácio e Justino I, – e no Ocidente: Petronius Maximus, Avitus, Majorianus, Severo, Authemius, Olybrius, Glycerius, Julius Neros e Romulus Augustulus.

Título IX

O IMPERADOR JUSTINIANO – CODIFICAÇAO JUSTINIANÉIA

BIOGRAFIA DE JUSTINIANO. SEUS TRABALHOS DE CODIFICAÇÃO: O *CÓDIGO VELHO*, O *DIGESTO*, AS *INSTITUTAS* E O *CÓDIGO NOVO* OU *REPETITAE PRAELECTIONES*. OS NOTÁVEIS AUXILIARES DE JUSTINIANO. MATÉRIAS DE QUE TRATAM OS GRANDES MONUMENTOS DA CODIFICAÇÃO JUSTINIANÉIA; DESCRIÇÃO DE CADA UM. AS *INSTITUTAS* E A SUA FONTE IMEDIATA. AS *NOVELAS* E AS REFORMAS PRICIPAIS POR ELAS INTRODUZIDAS NA CODIFICAÇÃO. INFLUÊNCIA DA CODIFICAÇÃO JUSTINIANÉIA NA EXPANSÃO DOMINADORA DO DIREITO ROMANO.

IMPERADOR JUSTINIANO – Justiniano nasceu em uma cabana na aldeia de *Tauresium*, distrito de *Bederina*, perto da cidade de *Sófia*, na região da Europa chamada antigamente *Ilíria, Dardânia, Dácia* e, atualmente, *Bulgária*. Não há certeza sobre a data do seu nascimento, mas, nenhuma dúvida existe de que foram seus pais: *Sabatius*, que na língua greco-bárbara correspondia a *Stipes* ou, mais vulgarmente *Jstock*, e *Bigleniza*, nome de sua Mãe, transformado, depois, no substantivo latino *Vigilantia* .[1]

---

1 Dizem alguns historiadores que Justiniano nasceu no ano de 482. Vide Ludwig – *Vita Justiniani* – e Ed. Gibbon – *Hist. de la decad. et de la chute de l'Imp. Rom.* 2º vol., cap. XL, pág. 23.

O primeiro nome de Justiniano foi *Upranda*; mas, tendo sido adotado pelo seu tio materno Justino I, imperador do Oriente desde o ano 518 (era cristã), substituiu o seu nome, à semelhança do que faziam os cidadãos romanos, quando adotados, pelo de Justiniano

Educado em *Bederina*, a expensas do seu pai adotivo, quando este ainda não havia chegado ao trono, ao qual fez jus, não obstante à humildade de sua origem, pelos relevantes serviços prestados nas guerras da *Isáuria* e da *Pérsia* e no exercício das funções de ***tribuno militar, conde, general, senador*** e ***comandante dos exércitos,*** Justiniano tinha 36 anos de idade na época em que, com a ascensão de seu tio ao poder supremo do Estado, uma nova era começou em sua vida.

Adestrado na disciplina militar, tendo procurado enriquecer o espírito com os conhecimentos imprescindíveis ao filho adotivo do imperador, entre os quais o do Direito e da Teologia eram considerados fundamentais, dispondo de inteligência lúcida e de indiscutível aptidão para dirigir grandes cometimentos, o filho de *Bigleniza* percorreu toda a escala das mais importantes funções públicas, distinguindo-se principalmente com Tribuno Militar e Prefeito do Pretório.

Enviado a Roma exatamente na época em que mais acesas se tornaram as lutas entre os naturais do país e os ostrogodos invasores, que dominavam a cidade, teve de ficar como *refém* para assegurar a paz entre os dois povos, fato este que prova evidentemente a disposição em que se achava o Imperador Justino de cumprir com fidelidade o compromisso contraído com *Teodorico*, rei dos ostrogodos.[2]

As questões religiosas interessavam vivamente à população de Constantinopla e vários foram os levantes provocados pelas discussões nascidas da disparidade de convicções.

A esse tempo dirigia um forte exército de bárbaros o chefe godo de nome *Vitalianus*, cujos serviços em defesa da *Fé Orthodoxa* mereceram a estima pública e forçaram o Imperador Anastácio a firmar um tratado que assegurava-lhe uma vantajosa situação em torno da cidade, onde se fixou com sua gente.

---

2 Alemanus – *ad Procop. Anedoc.* – ; Ludwig – cit. *Vit. Justiniani* – ; Gibbon – cit. *Hist. de la dec., etc.*

Justino e Justiniano, lisongeando-o com o tratamento de fiel campeão da Igreja, atraíram-no e fizeram-no interessar-se pelos negócios do Estado, deram-lhe os títulos de Cônsul e General. Sete meses mais tarde, *Vitalianus* era assassinado na própria mesa do Imperador, imputando-se a Justiniano a culpa deste fato, pois, com isso, quis apenas desembaraçar-se de um descendente de *Aspar*, príncipe da *Cítia Menor* e conde dos godos confederados da *Trácia,* e assumir o posto do comandante-em-chefe dos exércitos do Oriente, que, efetivamente, ocupou logo após a morte do general assassinado.

Como poderosa arma política, ou como sincera manifestação de fé religiosa, Justiniano tornou-se um devotadíssimo crente do Cristianismo, dando em público, sempre que se oferecia oportunidade, ruidosas mostras de sua viva fé cristã, com o que captou a simpatia do povo, cuja grande maioria, embora dividida em seitas, era fiel à religião de Jesus Cristo.

Nas festas do circo, os condutores de carros trajavam, a princípio, branco, uns, e vermelho, outros; mais tarde introduziram as cores verde e azul e não tardou em que as quatro cores servissem para denominar os partidos políticos de então, cujos membros ficaram sendo conhecidos como *albàti, russàti, prásini e vèneti.*

Sonhando com a púrpura imperial, logo que começou a exercer funções de mando, procurou tornar-se agradável ao espírito público, captando, assim, a sua estima e preparando terreno para subir ao trono com maior facilidade do que muitos dos seus predecessores. Quando exerceu o consulado, deu espetáculos, no *Coliseu,* de maior deslumbramento, fazendo combater no circo leões e leopardos em número até então não atingido.

Ao mesmo tempo que assim procedia com o povo, trabalhava junto ao Senado para obter a indicação de seu nome ao Imperador para colega na direção suprema do governo do Estado, conseguindo o título real de *Nobilissimus* e no dia 1º de abril de 527, na presença do Patriarca de Constantinopla e dos senadores, o velho Imperador Justino o associou ao trono, colocando sobre sua cabeça o diadema imperial e recebendo, em seguida, aplausos e homenagens do povo, no meio do triunfo com que foi conduzido ao circo. Embora Justino continuasse a figurar como chefe do governo, isso era apenas nominalmente, porque, de fato, Justiniano foi o Imperador único até 1º de agosto do referido ano de 527, data em que, por falecimento do seu tio, assumiu exclusivamente a direção dos negócios públicos.

Havia em Constantinopla um grande circo denominado *Embolum* e no tempo do Imperador Anastácio os espetáculos de exibição e luta com as feras, que constituíam a diversão por excelência da facção dos *verdes*, eram dirigidos por *Acacius*, célebre domador de ursos, originário da ilha de Chipre, com o auxílio de suas três filhas – *Comito, Teodora* e *Anastácia.* Mulheres de grande beleza e provavelmente adestradas na arte da sedução, a primeira casou-se com Sittas, duque da Armênia, e a segunda com Justiniano, tendo este obtido de Justino a ab-rogaçao das antigas leis que proibiam o casamento entre pessoas de dignidade senatorial com comediantes.[3]

Colocado definitivamente no trono e não obstante a singularidade do fato, Justiniano associou solenemente sua mulher à direção do Império, coroando-a Imperatriz, em meio ao entusiasmo dos freqüentadores do circo, adeptos do partido dos *verdes* e admiradores da antiga *pantomimeira,* cuja graça, elegância e vivacidade fizeram as delícias do teatro da velha Bizâncio. A filha de Acacius não se contentou somente com as honras e dignidades recebidas às consortes dos Imperadores; a sua ambição e a necessidade de atingir a todos os fins que havia concebido, levaram-na ao extremo de participar pessoal e diretamente do governo, obrigando os Governadores das Províncias a prestar juramento de fidelidade a Justiniano e ela conjuntamente;[4] fez-se centro das atenções e do respeito dos grandes da corte, generais, magistrados, bispos e toda a sorte de funcionários de várias categorias e constituiu-se em árbitro dos destinos dos povos ainda sujeitos ao resto da denominação romana no Oriente.

Retirada propositalmente do contato com o povo de Constantinopla, passava grande parte do ano no palácio imperial situado à margem do Bósforo, onde se dedicava a apurar os dotes naturais da beleza com os requintes da arte e dos perfumes orientais, com os prazeres dos banhos e das

---

3 Cód. – *De nuptiis* – L. V, T. IV, const. 23.

4 *Novela VIII,* T. III, pr. – Juro ego per Deum omnipotentem, et filus ejus unigentum, dominum nostrum Jesum Christum, et Spiritum Sanctum et per sanctam gloriosam Dei genitricem, et sempper Virginem Mariam et per quatuor Evangelia quoe n manbus mais teneo, et per sanctos archangelos Mchaelam et Gabrielem, puram conscientiam germanumque servitium me servaturum *sacratissmis nostris domins Justinano et Theodora conjugi ejus, occasione traditae mihi ad eorum pietate administrationis...*

mesas e, segundo diziam os seus inimigos, onde concebia e dava execução aos seus planos de fazer grande fortuna e de aperfeiçoar as idéias de crueldade. Envergonhada, talvez, da sua origem e da vida fácil que arrastara na própria cidade onde se viu elevada à mais alta posição social, para ocultar o passado só tinha dois alvitres: fechar a boca dos que ainda pudessem comentar os seus vícios, com a perspectiva de vingança, ou dignificar com a prática de virtudes os anos que lhe restavam de existência, de forma que a vida exemplar do presente fizesse esquecer os desregramentos do passado.

Dizem os seus historiadores que preferiu o primeiro caminho e, para segui-lo sem tropeços, espalhou espiões por toda parte e fez prisões, onde recolhia, sem forma, nem figura de processo, as vítimas de sua vingança, prisões que ficavam nos subterrâneos do próprio palácio imperial e a que o público dava os nomes de *Labirinto* e *Tártaro*.

Parece, entretanto, que depois de refeito o seu espírito pelas doçuras da fé cristã, aquela a quem os inimigos transformaram o nome – Teodora – em – Daemonodora –, seguiu o alvitre do arrependimento e do caminho das virtudes teológicas, procurando espiar as suas culpas com a prática da caridade, refúgio seguro para os que buscam perdão à avareza, ao orgulho e à *crueldade*.

Inúmeras foram as instituições de caridade criadas ou melhoradas, durante o governo de Justiniano, por instigação de Teodoro, principalmente as que tinham por fim moralizar a vida e encaminhar para a regeneração as mulheres arremessadas à prostituição. A transformação do *Embolum* em igreja, sob a invocação de São Pantaleão, como sinal de expiação, publicamente expostos aos comentários do público, bem mostra que a Imperatriz já não temia a lembrança do passado, antes procurava relembrá-lo para servir de exemplo a aquelas que quisessem o perdão divino pela sinceridade do arrependimento.[5]

---

5 Vid. sobre o juízo que se deve formar a respeito de Teodora – Gibbon – cit. *Hist. de la dec.*, etc. – e dos autores por ele citados – (2º vol. – pág. 30 e seguintes). Mulher forte e corajosa, diz Gibbon, que em um conselho, a que assistia Belisário, mostrou-se na altura da situação que se desenhava, sustentando que *a morte é a condição da humanidade, mas aqueles... que possuem um trono devem antes saber morrer a renunciar a sua dignidade ou ao império. Para mim adoto esta máxima da Antiguidade – o trono é um sepulcro glorioso.*

Somos dos que, deplorando os erros, vícios e crimes da mulher, prestam homenagem de gratidão à Imperatriz que tanto contribuiu para as obras de caridade, para a difusão da fé cristã e para a perpetuação do Direito Romano, sugerindo, ajudando e estimulando seu augusto consorte na enormidade da obra que ele, como a síntese de uma época, legou à posteridade.

Larga tem sido a discussão, entre os historiadores, quanto aos defeitos e virtudes de Justiniano. Acusam-no de ignorante, vaidoso, avaro e até venal.

Todas as biografias do Imperador, que conhecemos, têm como fonte principal, direta ou indiretamente, os trabalhos de Procópio, historiador contemporâneo, denominados *Anecdota,* de *Aedificiis* e *História Arcana.*[6] É neste último trabalho, principalmente, onde se encontram os mais desvantajosos conceitos sobre o Imperador, chegando um dos historiadores, que bebeu em tal fonte, a afirmar que o glorioso sobrinho de Justino era tão ignorante que, nem ao menos, sabia ler e escrever.[7]

Não é crível, porém, que fosse tão ignorante o homem que concebeu e levou a cabo a grandiosa obra da reconstrução do Direito Romano, tantas vezes tentada por muitos dos seus mais notáveis antecessores, sem os resultados práticos por ele obtidos, em prazo relativamente curto.

Além disto, está hoje demonstrado que Justiniano não só conhecia muito bem as línguas latina e grega, como teve por professor *Theophilus,* que escreveu uma história da vida do Imperador. Ao contrário, pois, do que afirmam os seus detratores, Justiniano era, sem dúvida, um espírito culto, servido por uma inteligência regular e com acentuado devotamento ao estudo da ciência jurídica, ou, pelo menos, da história dos grandes institutos do Direito Romano.

Chamam-no vaidoso e, ao mesmo tempo, fraco de caráter, defeitos que fizeram dele hábil construtor, ínclito guerreiro, notável legislador e piedoso propugnador do Cristianismo. Bela vaidade que conduz um

---

6 A *História Arcana* caiu no esquecimento durante muitos séculos, sendo porém, descoberta no século XVII, na Biblioteca do Vaticano.

7 Suidas – citado por Maynz, Ordinas e muitos outros. Entretanto, dizem os mesmos autores que Suidas se refere a Justino e não a Justiniano.

homem só a apresentar tantas modalidades de seu espírito. Nobre fraqueza de caráter que leva o homem ao aperfeiçoamento de tantas manifestações de sua inteligência.

A sua vaidade, dizem os seus detratores, consistia principalmente em julgar-se divino e eterno e as suas leis *divina oracula, divinus afflatus.* Entretanto, é sabido que tais expressões sempre foram de uso freqüente entre os imperadores, com uma significação toda convencional e em nada correspondente ao sentido real das palavras.[8] A sua fraqueza de caráter assenta no fato de ter cedido à influência de Teodora na confecção de várias leis que, rompendo com a tradição, beneficiavam as mulheres, elevando-as tanto, no gozo dos direitos civis, que chegaram a ficar em pé de igualdade com o homem em muitas relações jurídicas.[9] Entretanto, é evidente o erro de atribuírem à Imperatriz a decretação de tais leis, porque muitas delas são posteriores ao ano de 548, ano do falecimento de Teodora, sendo certo também que todas elas foram ditadas pelo espírito cristão do Imperador e sob a influência, única e exclusiva, do princípio da fraternidade, fundamental e básico para a formação da linha de conduta dos adeptos da religião de Jesus Cristo.

Imputam-lhe também sórdida avareza, sem se lembrarem de que, no tempo do seu Consulado, deu festas públicas memoráveis, gastando perto de trezentos mil peças de ouro,[10] fazendo construir vários edifícios para as repartições públicas, igrejas, hospitais, asilos e outros institutos de caridade.

---

8 Este fenômeno de linguagem é muito comum. Entre nós, por exemplo, não há carta que não traga no sobrescrito, pelo menos, esta expressão: *Ilustríssimo senhor* – e bem sabemos quão difícil é merecer o titilo de *ilustre*, quanto mas o de *ilustríssimo.*

9 Haja vista as reformas operadas no regime das *sucessões ab intestato*, – *Novelas CXVIII* e *CXXVII* – Pela primeira destas leis (*praefatio*) foi abolida a diferença entre parentes agnados (masculinos) e *cognados* (femininos) e dado o direito de sucessão a uns e outros, com perfeita igualdade; pela segunda, assegurou-se o direito de representação aos sobrinhos, filhos de irmãos germanos, em concorrência com ascendentes e tios, na segunda ordem de sucessão. – Além destas leis, muitas outras foram promulgadas em benefício das mulheres, como as que aboliram certos impedimentos para casamento, as que asseguraram certas garantias e privilégios às mulheres em relação aos bens, dotes, etc. etc.

10 Gibbon – cit. *Hist. de la déc.* – 2º vol., pág. 25.

Não era, pois, um avaro, embora se destoasse da norma de conduta de muitos dos seus antecessores, que viviam no fausto e na opulência, porém, cercados de pobres sem pão, órfãos sem abrigo e enfermos sem hospital.

O implacável Procópio chegou até a dizer que Justiniano e Triboniano vendiam as leis e dividiam o preço da venalidade.[11]

Esta imputação não merece fé, exatamente porque provém do historiador que chegou até nós, como o deus *Janus*, com duas bocas, uma que só se abria para elogios e a outra para irrogar vícios e crimes, sendo esta, porém, somente aberta para a posteridade. *Heinecius* também foi, até certo tempo, um dos mais impiedosos censores de Justiniano, considerando-o indigno das boas referências que lhe faziam alguns historiadores, como *Princeps sine exemplo maximus.* Entretanto, mais tarde, verificou o seu erro de apreciação e procurou colocá-lo no lugar que lhe competia – *Princeps... vix laudibus quase i vulgus jurisoonsultorum admettitur dignus.*[12]

Estudando-se, porém, com imparcialidade, a figura do Imperador no meio em que viveu e agiu; contemplando-se, com espírito de justiça, a grandeza de sua obra, principalmente nos seus efeitos, quer em relação ao Império Romano, quer em relação aos demais povos da Europa, nenhuma dúvida pode haver de que essa figura se impõe à admiração e ao respeito do historiador.

Com efeito, costumam os que julgam com imparcialidade e justiça considerá-lo sob três pontos de vista, como militar, como administrador e como legislador, sendo incontestavelmente um homem notável em qualquer destes pontos de vista.

Como militar, deu as mais evidentes provas de valor pessoal nas várias ocasiões em que esteve com as armas nas mãos, defendendo o já tão reduzido Império do Oriente. Como chefe de estado, dirigiu suas vistas para a reintegração dos velhos domínios romanos e escolhendo generais como Belisário, levantou bem alto o nome e o prestígio das armas romanas

---

11 *Anedota* – XII, 14, 18.

12 *Opusc.* – pág. 219; – *Antiquit.* – nº 26.

contra persas, celtas, vândalos e godos, conseguindo desalojar os bárbaros das posições do Ocidente e mantendo, pela disciplina, pela coragem e pela audácia dos seus soldados, as conquistas territoriais, dando, assim, à Roma do seu tempo a aparência da gloriosa nação do tempo de César. Cinco anos depois de ter subido ao trono, dominou a formidável sublevação popular que tinha por fim fazer proclamar Imperador a Hypatius, sobrinho do antecessor de Justino. Foram inestimáveis os serviços que então lhe prestaram Belisário, que havia chegado da Pérsia, e Mundus, o célebre comandante dos hárulos. A revolução foi jugulada, custando ao povo trinta mil vítimas, entre as quais Hypatius e seu irmão Pompeius, que foram decapitados e seus corpos atirados ao Bósforo.

Como aministrador regulou as relações entre a Igreja e o Estado, reformou usos incompatíveis com o espírito da época, regulamentou as funções de diversas autoridades, melhorou o ensino público, suprimindo escolas que não correspondiam às necessidades e criando outras em condições de aperfeiçoar o espírito da mocidade, e na administração da justiça fez verdadeiros prodígios, dando aos magistrados uma legislação completa e rejuvenecida pelos trabalhos dos grandes codificadores. A própria língua latina, inteiramente esquecida e substituída pela língua grega, como que renasceu ao tempo do seu governo, pelas relações que voltaram a estabelecer-se entre o Oriente e o Ocidente, devido à reintegração do Império e á publicação dos grandes monumentos da sua codificação.

A célebre sedição denominada vulgarmente *Nika,* que levou o povo ao desespero contra *Trivoniano* e *João de Capadócia* e ao incêndio da cidade, que devorou grandes monumentos, como a igreja de Santa Sofia, que servia de catedral, o Fórum de Constantino, as Caldas de Zeuxippe e vários palácios, igrejas e hospitais, deu causa a que Justiniano se revelasse um poderoso fator do progresso material. Quarenta dias após ao incêndio mandava ele reconstruir a igreja de Santa Sofia, cujas obras eram diariamente por ele mesmo fiscalizadas e, com familiaridade e recompensas extraordinárias aos operários, conseguiu, em menos de seis anos, levantar um novo e vastíssimo templo para a glória de Deus, como textualmente disse na festa solene da sua inauguração. Além deste trabalho, cuja magnificência é geralmente admirada, Justiniano fez também construir em Constan-

tinopla e seus arredores vinte e cinco igrejas dedicadas a Jesus Cristo, à Virgem Maria, aos Santos Apóstolos, além de muitos outros edifícios na mesma cidade e nos grandes centros dos domínios do Império. Quinze anos depois do incêndio da Nika, Constantinopla como que ressurgiu de suas próprias ruínas.

Como legislador a sua obra imortalizou o seu nome e o do eminente jurisconsulto Triboniano, auxiliar preciosíssimo na grande empresa da codificação das *Leges* e dos *Jus* e na continuação da obra ingente de melhoramentos das instituições jurídicas, até o ano de 545, época em que faleceu Triboniano, ficando reduzida daí em diante a insignificantes proporções a atividade legislativa do Imperador.

Este fato tem motivado a conhecida frase que diz ter Justiniano "ganho as batalhas com a espada de seus generais e redigido as leis com a pena de seus ministros", mas, teve, segundo acertadamente observa um romancista moderno,[13] "o mérito, muito raro entre os monarcas, de conhecer o valor real das pessoas e saber escolher com acerto seus ministros e generais".

Acusam-no também de imperdoável ingratidão para com o seu grande general Belisário, que, privado de posto e já na velhice, se viu reduzido a extrema miséria, sendo obrigado a estender o próprio capacete, com que ganhara tantas batalhas, à caridade pública para obter o óbolo dos transeuntes, sem que, nem isso, apiedasse o duro coração do Imperador. Embora, na verdade, o abandono do velho general revelasse ingratidão da parte daquele a quem havia prestado tantos e tão meritórios serviços, na paz e na guerra, o que não resta dúvida é que, até certo ponto, este procedimento teve causas justificativas bem conhecidas.

A indigna mulher de Belisario – Antonina –, apaixonada por Teodósio, um vândalo assalariado, para vingar-se do general, tudo fez a fim de humilhá-lo e entregar-se sem embaraços ao seu amante. Para isto obteve a cooperação da Imperatriz Teodora que, naturalmente, persuadiu o Imperador de que Belisário lhes disputava o trono. Aproveitando uma

13 Pou y Ordinas – cit. *Hst. Ext. do Dir. Rom.* – pág. 368.

enfermidade passageira do Imperador, Teodora fez acreditar que Justiniano já havia falecido, dando, assim, liberdade de palavra e ação ao velho general, romano, que, certo da vacância do trono, manifestou-se, de perfeito acordo com seu companheiro de armas Buzões, com a liberdade de um cidadão.

Buzões sofreu as mais cruéis perseguições e Belisário teve confisco de metade de seus bens.[14]

Além disto, é bem possível que o fato de ser Procópio, o autor das *Anedotas* e da *História Arcana*, secretário do general, tivesse sido explorado por Antonina e Teodora, junto ao Imperador, atribuindo a autoria real ou, pelo menos, a instigação de Belisário ao seu secretario para escrever aquelas obras.

Estes rápidos dados históricos bastam para ajuizar do homem, cuja obra de organização e perpetuação do velho Direito Romano, de criação legislativa e aperfeiçoamento do Direito existente, foi um verdadeiro benefício à cultura jurídica da humanidade.

CODIFICAÇÃO JUSTINIANA. – Tendo assumido o poder exclusivo do estado no dia 1º de agosto de 527, não tardou o Imperador em dar execução ao seu plano de codificar o Direito Romano vigente em seu

---

14 Gibbon – cit. *Hist de la dec.* – 2º vol., pág. 104. Este fato do confisco de parte dos bens do general parece verdadeiro. Já o mesmo não podemos dizer em relação à cegueira e indigência do vencedor dos Persas, a ponto de estender a mão à caridade pública. Essa ficção, como chama Gibbon, foi transmitida à posteridade por um historiador grego, João Tzetzês –, que, aliás, também declara que leu em várias crônicas não ter Belisário perdido a vista e que recobrou a sua reputação e fortuna. A fortuna de Antonina, empregada na construção e manutenção de um convento, bem mostra que a indigência de Belisário foi uma criação de algum historiador para mostrar o *nada* das cousas humanas, ou de algum inimigo de Justiniano para pôr em evidência a ingratidão deste para com o restaurador do Império.
Entretanto, é sabido que, embora denunciado por Sergius como conspirador e chefe da sedição que se formou no próprio palácio imperial, Justiniano salvou a vida de Belisário e, posto tivesse conservado o general em prisão no seu próprio palácio, durante meses, reconheceu afinal a sua inocência, sendo posto em liberdade e restituído ao gozo de suas honras.

tempo, quer o que se denominava particularmente como *Leges,* quer o que se chamava *Jus.*[15]

Esta distinção, cuja execução já havia sido tentada improficuamente por Teodósio II, quando começou a elaboração do seu Código, foi adotada por Justiniano, que não se atemorizou com o inssucesso do seu antecessor.

A 13 de fevereiro de 528 publicou o Imperador uma constituição,[16] geralmente conhecida pela denominação de – *Haec, que necessario,* – suas palavras iniciais, em que, aludindo à necessidade de corrigir as leis e impedir a continuação da prolixidade das constituições contidas nos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, nomeou uma comissão de dez membros para, consultando os referidos códigos e as constituições posteriores ao Código Teodosiano, organizar um novo Código sob a denominação de Codex Justinianeus. A comissão tinha por presidente a João, *virum excelentissimum exquaestore sacri nostri palatii,* e compunha-se dos juristas de nomeada Leôncio, Foca, Basílio, Tomás, Triboniano, Constantino, Teófilo, Dióscoro e Praesentino.

A Comissão iniciou, desde logo, os seus trabalhos, colhendo, nas fontes indicadas, tudo quanto lhe pareceu apropriado ao fim a que se propunha e dando por terminada a sua missão dentro do curto prazo de 14 meses, pelo que o Imperador fez publicar, em 7 de abril de 529, a constituição *Summa republicae*, por força da qual foi dada toda autoridade

---

15 Desde que os Jurisconsultos romanos foram investidos do *jus respondendi* (tempo de Augusto) e suas responsas receberam autoridade legal – *leges vicem* – (tempo de Adriano), as fontes do Direito foram sendo distinguidas em dois gêneros: *Leges* e *Jus. Leges* eram as constituições imperiais e *Jus* todas as demais fontes, principalmente os trabalhos dos jurisconsultos.
Alguns romanistas costumam chamar os Códigos Gregoriano e Hermogeniano como *Jus,* pelo fato de serem trabalhos de jurisconsultos, sem autoridade oficial. Entretanto, em face da constituição *Haec, que necessario,* cujo texto mais tarde veremos, tal se não pode dizer, porque Justiniano mandou colecionar como *Leges* constituições constantes dos três Códigos – Gregorano, Hermogeniano e Teodosiano – ... quae tribus codicibus, Gregoriano, Hermogeniano atque Theodosiano continebentur...., irmanando, assim, o Theodosiano, que era oficial, aos outros dois e dando-lhes, portanto, o caráter de *Leges.*

16 Vide o Apêndice IX.

ao novo Código e ordenado que entrasse em vigor oito dias depois, isto é, em 16 do mesmo mês e ano.[17]

Na determinação dos trabalhos da comissão, deu o Imperador larga autoridade aos seus membros para a escolha das constituições que deveriam fazer parte do Código, podendo deixar de contemplar as que já não vigorassem, modificar, alterar, substituir e corrigir as disposições de várias constituições, suprimir os prefácios inúteis, pôr termo a contradições, enfim agindo de forma que o trabalho se tornasse digno do nome que ia receber – "*uno autem codice sub felici nostri nominis vocabulo componendo*".

Em homenagem ao maior monumento da legislação romana, foi o Codigo dividido em XII livros, como a lei decenviral havia sido em XII Tábuas. A ordem das matérias era, mais ou menos, a mesma, do Código Teodosiano. Posto em execução, cessaram de vigorar os Códigos anteriores e quaisquer disposições legislativas contrarias às regras consignadas no novo Código. Tendo sido posteriormente substituído por outro, o primeiro trabalho da legislação justiniana desapareceu completamente e dele apenas restam algumas constituições, que foram reproduzidas no Código *repetitae praelectiones.*

Terminada, assim, a consolidação das *Leges* e embora não tivesse ela correspondido, com exatidão, ao intuito do Imperador, não quis este cuidar, desde logo, de melhorar o trabalho feito, aguardando a ação do tempo e os conselhos da experiência para o aperfeiçoamento da obra.

Era preciso enfrentar trabalho mais difícil e muito mais penoso – a codificação do *Jus.*

Para isto, em 15 de dezembro de 530 baixou o Imperador a célebre constituição *Deo auctore,*[18] pela qual foi Triboniano, então questor do palácio imperial, encarregado de escolher, de acordo com o Imperador, 16 jurisconsultos práticos e professores de Direito, para, sob a presidência do mesmo Triboniano, compulsar e escolher entre todas as obras dos Jurisconsultos romanos, que haviam recebido a graça do *jus respondendi,* aquelas que deveriam fornecer subsídios para a nova consolidação.

---

17 Vide Apêndice X.

18 Vide Apêndice XI.

Triboniano, homem de superior cultura jurídica e consciente do seu valor e da magnitude da missão que lhe fora imposta, escolheu para seus auxiliares Constantino, Teófilo, Doroteu, Anatólio, Leôncio, Cratino, Estêvão, Mena, Prosdócio, Eutômio, Timóteo, Leônidas, Platão, Jacob, Constantino (2º) e João.[19] Destes, quatro eram professores de Direito –: Doroteu e Anatólio, na Escola de Berito –, Teófilo e Cratino na de Constantinopla; os demais eram advogados junto ao tribunal da Prefeitura do Oriente.

A comissão recebeu amplos poderes para levar a bom termo o seu trabalho, sendo-lhe facultado corrigir os textos examinados, modificá-los de forma a atender aos reclamos da época, trocar opiniões, resolver controvérsias, atendendo até as notas de Paulo e Ulpiano aos trabalhos de Papiniano, que tinham sido proscritas pelo Imperador Constantino.[20]

Árduo trabalho foi, sem dúvida, o desses eminentíssimos organizadores de um dos mais elevados monumentos da sabedoria humana. Sendo-lhes concedido o prazo de 10 anos para a confecção da obra, de-

---

19 Não são acordes os romanistas nos nomes e número dos membros da comissão; uns dão-lhe 16 membros, inclusive Triboniano, outros, dão-lhe 16 membros fora Triboniano. O que é certo, porém, é que, pelo parágrafo 9º da cit. *Const. Tanta* – a comissão compunha-se dos nomes acima indicados (16), além de Triboniano. Entretanto, figuram dois membros com o mesmo nome (*Constantino*); mas, trata-se, sem dúvida, de pessoas diferentes, porque o primeiro, *id est Constantinum, et Magistratum scrinii lebellorum, sacrarumque que cognitionum...*, ao passo que o segundo, recebe, com mais onze, o tratamento de *viris prudentissimis, qui patroni quidem sunt causarum apud maximam sedem raefecturae....*
Sabe-se igualmente que, além dos indicados, trabalharam também na confecção da *Pandectas*, embora não fazendo parte da comissão, os notáveis jurisconsultos, de então, de nomes – *Thallelaeus, Teodoro de Hermópolis e Cirilo.*

20 A constituição do grande Imperador foi inserta no Código Teodosiano – de resp. prid. – I, 4 – e era concebida nos termos textuais seuintes: – *Perpetuas predentium contentiones eruere cupienes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus.* – (4 de outubro de 321).

21 Segundo Justiniano mesmo diz – *Const. – Tanta* – parágrafo 1º – foram consultados – duo paene millia librorum esse conscripta, *et plus quam tricies centena milia versuum a veteribus effusa...* Entretanto, não está exato o cálculo de Justiniano, porque, quer pelo *Digesto* mesmo, quer pelo índice, apenas se encontram 1.625 livros e não *dois mil livros, com três milhões de linhas,* como disse o Imperador. Eunapius dizia que os jurisconsultos que possuíam àquele tempo uma *biblioteca completa, tinham carga para muitos camelos.*

ram-se pressa em iniciá-la e prosseguir, com a acentuada dedicação, na colheita das preciosíssimas lições dos grandes jurisconsultos, cujos trabalhos constituíam uma verdadeira biblioteca.[21] Dizem alguns historiadores que o ubertosíssimo manancial, onde a comissão foi buscar a maior parte dos subsídios fornecidos, estava na casa de Triboniano, que possuía a mais vasta e melhor coleção das obras dos jurisconsultos da época clássica.

Foram recolhidos fragmentos de 39 jurisconsultos,[22] entre os quais, não obstante a recomendação especialmente feita pelo Imperador de que somente aproveitassem os subsídios daqueles jurisconsultos a quem fora concedido o *jus respondendi*,[23] figuram nada menos de seis que não gozaram de tal graça: Quintus Mucius Scaevola, Alfenus Varus, Aelius Gallus, Gaius, Aurelius Arcadius Charisius e Hermogêneo.[24]

De acordo com a determinação de Justiniano, as *Pandectas* foram divididas em cinqüenta livros[25] e contêm 443 títulos, com um total de 9.138 fragmentos ou leis. Os seus títulos agrupam-se em sete partes, assim distribuídos: 1ª parte compreende os livros 1º a 4º, – a 2ª os livros 5º a 11º, – a 3ª os livros 12º a 19º, a 4ª os livros 20º a 27º, a 5ª os livros 28º a 36º, – a 6ª os livros 37º a 44º e a 7ª os livros 45º a 50º. Desde a primeira até a quinta, as partes são conhecidas por denominações especiais: H, *de*

---

22 Vide o Apêndice III. – A *Littera Pisana vel Florentia* traz, no seu índicee, os nomes de 41 jurisconsultos, o que parece ser resultado de um engano, pois, na verificação cuidadosa das indicações feitas no início dos fragmentos, resulta a certeza de que apenas 39 jurisconsultos prestaram *diretamente* subsídios ao grande monumento. Provavelmente o engano do *manuscrito florentino* provém da repetição de dois nomes como dos de pessoas diferentes.

23 *Jubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarum que legum sacratissimi príncipes praeburent...* – (*Const. Deo auctore* – parágrafo 4º).

24 Destes, os três primeiros floresceram antes de Augusto e, portanto, antes da criação do *jus respondendi* e os dois últimos viveram sob Constantino Magno, quando já se não outorgava tal autoridade aos jurisconsultos.

É para admirar que Gaius não tivesse o *jus respondendi.* Mas, a razão disto deve ser atribuída à natural independência de seu caráter e ao propositai arredamento em que vivia do palácio imperial.

25 *Quumque matéria sumnia nostri... et n librps quinquangita...* – Cit. *Const. Deo auctore* – parágrafo 5º.

judiciis, de rebus, umbilicus (parte central) e de *testamentis;* as duas últimas não têm denominações especiais devido à variedade das matérias de que tratam.

Tendo sido organizada as *Pandectas* em um prazo relativamente curto (de 15 de dezembro de 530, data da constituição *Deo auctore,* até 16 de dezembro de 533, data das duas constituições *Tanta* e *Dedit nobis Deus*), têm os historiadores do Direito Romano procurado explicar a ordem dos trabalhos da comissão para demonstrar por que razão, apesar de haver concedido o Imperador o prazo de 10 anos, bastaram três anos para que se chegasse ao feliz termo da grandiosa e utilíssima empresa.

Para obviar as dificuldades provenientes da enormidade de trabalhos consultados e da falta de método seguro para a distribuição dos fragmentos colecionados, entenderam os membros da comissão seguir a ordem das matérias segundo o Código já organizado e o *Edito do Pretor,* sendo que quase todo o primeiro livro adotou a ordem do Código e os subseqüentes foram alternados, seguindo, ora um, ora outro, porém, de preferência os comentários ao *Edito,* feitos pelos mais notáveis jurisconsultos nos *libri ad Edictum, de Officio proconsules, responsa* de Ulpiano, nos vários trabalhos *ad Sabinum* de diversos, nos comentários *ad Ursejum, ad Minucium* e nos *Digesta* de Sálvio Juliano, nas *Res quotidianae, Regulae, Institutiones* e *ad XII Tabularum* de Gaio, nas inúmeras obras de Papiniano, Paulo, Marciano, Modestino, etc.

Não tendo sido dadas aos membros da comissão quaisquer regras relativamente à colocação dos fragmentos nos respectivos títulos, entendem alguns romanistas[26] que os compiladores, a princípio, estabeleceram um certo critério, que abandonaram logo depois do primeiro livro e adotaram o critérios de dividir os textos em três grupos ou séries, assim chamadas – *série sabiniana,* tomados os textos dos *libri ad Sabinum, série edictale,* dos *libri ad edictum,* – e *série papiniana,* dos *libri Papiniani* e *responsa* destes e de Cervídio Scœvola.

Há também uma série de fragmentos que, embora de menor extensão do que as anteriores, todavia, não deve ser esquecida. E aquela a

26 Paulo Krüger – cit. *Hist. Font. e Lit.* – pág. 311.

que Krüger dá a denominação de *addicional* e se compõe dos extratos de obras de diversos gêneros, das quais nenhuma estava em uso, então, nas escolas, nem na prática.

Organizado, assim, o grande monumento, Justiniano publicou, em 16 de dezembro de 533, as duas Constituições que promulgavam o trabalho,[27] ordenando que o mesmo entrasse em execução desde o dia 30 do referido mês e ano e dando-lhe a denominação de *Digesta (de digreere, degerere in partes* – dividir e colocar em ordem) ou *Pandectæ* (do grego – e – que contém tudo).

À proporção que a comissão ia organizando o *Digesto*, verificou Justiniano que, como previra,[28] o trabalho não se prestaria para o ensino do Direito nas várias Escolas então existentes e, por isso, confiou a Triboniano e a dois dos mais reputados professores de Direito – Teófilo, em Constantinopla, e Doroteu, em Berito, a missão de organizarem um manual para o ensino elementar do Direito.

Os ilustres jurisconsultos, correspondendo aos intuitos do Imperador, consultaram os melhores trabalhos, como as *Institutas* de Ulpiano, de Florentino, de Modestino, e as *Res quotidianæ* e *Institutas* de Gaio, para a organização da obra.

Embora estivesse em desacordo, em muitos pontos, com o Direito vigente, as *Institutas de Gaio* ainda eram, então, o compêndio para o ensino do primeiro ano, dos quatro em que estava dividido o curso, nas duas escolas acima citadas, e foi por isso que os compiladores das *Institutas de Justiniano* tomaram para modelo, de preferência, o trabalho de Gaio, copiando freqüentemente as próprias palavras e obedecendo, em geral, a todo o plano da obra magistral do eminente jurisconsulto.

---

27 Estas duas constituições têm a mesma data – 16 de dezembro de 553 – e foram escritas, uma (*Tantra*) na língua latina, outra (Dedit ou *Aέδωxεν*) na língua grega – Vide Apêndice XII.

28 Sed quum prospeximus, quod ad portandam tantae sapientia molem non sunt idonei homines rudes, et qui in primis legum vestibulis stantes intrare ad arcana eorum properant, et aliam mediocrem emendationem proeparandam esse censsuimus, ut sub ea colorati, et quase primitiis omnium imbuti possint ad penetralia corum intrare, et formam legum pulcherrimam non conniventibus oculis accipire – Const. – *Tantra* – parágrafo 11.

Foi assim que, não obstante adotar a celebre tripartição do Direito (*ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones)*, ficou o trabalho dividido em quatro livros, conservando-se, mais ou menos, a mesma ordem na distribuição e explicação das matérias, salvo em relação ao quarto livro, que, por ser antiquado e já sem vigor a maior parte do que aí se dispunha, corrigiram os compiladores as disposições respectivas e acrescentaram dois títulos – *de officio judicis* e *de publicis judiciis,* imprescindíveis para a época e que não se continham no trabalho de Gaio.

Supõem alguns romanistas que para maior celeridade na confecção da obra e dada a aptidão dos dois ilustres professores que dela foram encarregados, a redação de dois livros foi confiada a Teófilo e a dos outros dois livros a Doroteu, cabendo a Triboniano a direção geral. Procuram explicar esta suposição com o fato de certa diferença de estilo entre as duas partes, embora se note que os dois primeiros livros apresentam as mesmas particularidades do título final.[29]

Há, efetivamente, umas certas dificuldades de estilo, não somente entre as duas partes indicadas, mas, também, dentro de cada uma. A razão disto está em que sempre que os compiladores recorriam aos trabalhos dos jurisconsultos que lhe serviam de guia e copiavam suas próprias palavras, nota-se a elegância e simplicidade de linguagem, tão comum entre os jurisconsultos da época clássica, em contraste com a afetação e abundância de palavras dos juristas de outras épocas.

Divididas em quatro livros, estes subdivididos em noventa e oito títulos,[30] tendo cada título um princípio e vários parágrafos, as *Institutas* tratam, em geral, das matérias do Direito Privado, em definições e explicações sintéticas, muitas vezes insuficientes para a boa compreensão dos intitutos.

---

29 P. Küeger – Cit. *Hist. Font. e Lit.* – pág. 317.

30 O primeiro livro tem 26 títulos, o segundo 25, o terceiro 29 e o quarto 18. Nota-se, porém, que falta no livro 3º o título 7º, mas, de fato, não há falta. Este título corresponde a um apêndice que, pela largura e comprimento do pergaminho, não podia vir em seguimento ao título anterior. Este apêndice era um *quadro de graus de parentesco.* A edição de Laboulaye trá-lo no próprio lugar.

Várias censuras têm sido feitas ao trabalho de Teófilo e Doroteu, principalmente pelo silencio que guardaram sobre segundas núpcias, divórcio, dote, bens, parafinais, filiação e ilegítima, etc.

A censura, porém, não procede, desde que se atenda a que as *Institutas* se destinavam aos estudantes do primeiro ano e as matérias aludidas se ensinavam nos anos subseqüentes.[31]

As *Institutas*, como um compêndio, começaram no Livro 1°, com o conceito e generalidade sobre justiça, jurisprudência, preceitos de divisão fundamental deste (título 1), passando, depois, a explicar as três fontes que produzem o direito natural, direito das gentes e direito civil, à forma escrita e não escrita do direito, consignando as espécies respectivas [32] e rematando as idéias gerais com a tripartição de Gaius (título II), para, em seguida, tratar do direito das pessoas (títulos III a XXVI), das cousas, incluindo o direito hereditário (Livro II, títulos I a XXV e Livro III, títulos I a XII), das obrigações (Livro III, títulos XIII a XXIX e Livro VI, títulos I a V), e, finalmente, das ações, incluindo as de *publicis judiciis* – ações criminais – (Livro IV, títulos VI a XVIII).

Embora tivessem ficado concluídas antes do *Digesto*, entraram as *Institutas* em vigor na mesma data – 30 de dezembro de 533 –, sendo consideradas, não, como supõem vários romanistas, um trabalho adicional ao *Digesto*, mas, exatamente ao contrário, o *Digesto* é que é o complemento das *Institutas*.[33]

---

31 Os estudantes eram assim chamados: os do 1° ano – *Dupondii* – e depois das *Institutas* – *Justiniani novi* –, do 2° *Edictales*, do 3° *Papinianistae*, do 4° *Aurat* – e do 5° criado por Justiniano, *Prolytae*.
Na Alemanha os cursos jurídicos têm, em regra, duas cadeiras de Direito Romano, ensinando-se em uma as *Institutas* e em outras as *Pandectas*. No Brasil as faculdades *oficiais* têm apenas uma cadeira de Direito Romano e, ao que nos consta, todas as *equiparadas* seguem o exemplo daquelas, com exceção apenas da em que iniciamos o nosso professorado – a antiga *Faculdade Livre de Direito* desta Cidade – que tinha *um curso complementar*, regido pelo professor substituto respectivo e com programa por este organizado.

32 *Lex, Senatusconsultum, Constitutiones, Edictum Praetorum, Responsa Prudentium (direito escrito) e o quod usus comprovavit (direito não escrito).*

33 Vid. Constituição – *Imperatoriam majestatem* no Apêndice XIII.

Concluídos, assim, os trabalhos da codificação do *Jus*, pensou Justiniano em reformar o Código, para o que já havia preparado o terreno durante a confecção das *Pandectas* e das *Institutas*, transformando o *jus controversum* em *jus receptum* e até introduzindo nestes grandes melhoramentos.

Para isto fez publicar perto de 250 constituições, das quais 50 destinavam-se a pôr termo àquelas controvérsias que haviam escapado à solução nos monumentos já explicados. Estas constituições foram chamadas pelo próprio Imperador, na contituição *Cordi,*[34] *quinquagita decisiones* e foram, com outras, atendidas pelos compiladores. Acresce que havendo grandes e profundas divergências entre *Leges*, contidas no Código, e o *Jus*, aproveitado no *Digesto*, era indispensável harmonizar as disposições respectivas e, para pô-las em perfeita concordância, Justiniano nomeou uma comissão de cinco membros, composta de um professor de Direito – Doroteu –, e de três advogados da prefeitura do Oriente – *Mena, Constantino* e *João*, sob a presidência de Triboniano, sendo-lhes outorgados plenos poderes para modificar, suprimir, aumentar e substituir as constituições, de forma a fazer cessar os inconvenientes apontados. A comissão deu, desde logo, começo aos seus trabalhos e, em pouco tempo, apresentou ao Imperador o novo Código, que, por ser uma repetição melhorada do anterior, recebeu a denominação de *Codex repetitæ prælectionis*. Publicado o novo código e mandado observar desde o dia 29 de dezembro de 534, ficou revogado o anterior, que passou a ser conhecido pela denominação de *Codex vetus.*

O *Codex repetitæ prælectionis* foi, como o anterior, dividido em 12 livros, tendo 765 títulos, com 4.643 constituições.[34-A] Como no *Digesto*, as matérias estão distribuídas, nos respectivos títulos, em um *principium* e vários parágrafos.

---

34 Vid. Apêndice XIV.

34-A Os imperadores antigos que contribuíram com maior número de constituições foram *Dioclesiano-Maximiliano,* com 1.223, *Alexandre Severo* – 447, Gardiano III – 272, *Caracala* – 244, Constantino – 208 – etc. Justiniano contribuiu com 402. A constituição mais antiga constante do Código é de Adriano (sobre testamentos – L. VI, T. XXIII, cost. 1ª) e a mais recente é de Justiniano, de 16 de novembro de 534 (sobre a publicação do Código. – (Const. *Cordi.*)

Como aconteceu na confederação do Código velho, a comissão não recebeu intrusões especiais relativamente à ordem das matérias, subtendendo-se que devera reportar-se às compilações conhecidas, pelo que a comissão combinou os dois planos dos Códigos Gregoriano e Teodosiano, embora o número de livros da divisão de um e do outro não correspondesse à que foi adotada para o Código de Justiniano.

Dos doze livros em que se divide, sete tratam do direito privado (2º a 8º) e cinco do direito público, assim distribuídos: direito eclesiástico, fontes do direito e ofícios dos funcionários imperiais (livro 1º),– direito penal (livro 9º) e, finalmente, direito administrativo (livros 10º a 12º).

É para salientar que, por espírito de respeito à Igreja Cristã, o que aliás ressalta de toda a obra do Imperador, as disposições relativas à mesma Igreja foram colocadas antes de quaisquer outras, ao passo que as que dizem respeito às *dignitates* e *res militaris* ocupam lugar secundário, no livro 12º. A colocação das contituições, dentro de cada título, obedeceu à ordem cronológica, com designação dos nomes dos Imperadores que as baixaram e da autoridade a quem eram dirigidas e a data respectiva.

Colhidos os louros destes preciosos trabalhos, o Imperador, embora já tivesse imortalizado o seu nome e assegurado a imortalidade da civilização jurídica criada e desenvolvida por Scævola, Labeo, Papiniano, Ulpiano, Marco Aurélio, Alexandre Severo, Diocleciano, Constantino e tantos outros, não descansou, nem quedou-se na admiração de seus troféus; antes porfiou em melhorá-los, publicando várias constituições, especialmente dentro dos cinco anos que se seguiram à publicação do *Codex repetitæ prælectionis* (535 a 540). Estas constituições, que por serem posteriores às constantes do Código, receberam a denominação de *Novelæ Constitutiones,* foram redigidas, umas em grego outras em latim, sendo algumas escritas em ambas as línguas.

35 Esta coleção tem, de fato, apenas 122 *Novelas,* porque foram repetidas as de ns. 25 e 68, que se vêem reproduzidas com os ns. 120 e 97. A ordem que guardam é a cronológica, sendo a mais antiga de 535 e a mais moderna de 554. Foi organizada ainda durante o governo de Justiniano, pois, lhe dá o tratamento de Imperador Noster. Destinando-se às Províncias da Itália, eram escritas em latim, com abreviações. Esta coleção vigorou no Ocidente até o século XI. (Vide Krüger – cit. *Hist. Font. e Lit.* – pág. 329.)

Foram publicadas três coleções distintas: uma por Julianus, professor de Direito, na Escola de Constantinopla, contendo a sua coleção 124 *Novelas* e recebendo a denominação de *Epitomi Juliani*;[35] outra de autor e data incertos, compreendendo 134 *Novelas*, geralmente conhecida pelo nome de *Authenticum Corpus Novellarum*, ou simplesmente *Authentica*[36] e, finalmente, outra de 161 *Novelas*, publicada no fim do século VI, à qual adicionaram sete constituições posteriores a Justiniano, sendo quatro do Imperador Justino II e três de Tibério II.

Além destas três coleções, de caráter geral, sem plano ou regra predeterminada, existem outras coleções especiais, como as que dizem a respeito à Igreja, a certas matérias, as que contêm *Novelas* escritas em língua latina, etc.

A coleção conhecida por *versio vulgata* ou *Autheticum Corpus Novellarum*, que é a que, em geral, vem nas edições mais conhecidas do *Corpus Júris Civilis*, está dividida em nove colações, estas em títulos, seguindo-se as constituições numeradas, tendo cada uma um prefácio e um epílogo e subdividindo-se em capítulos.

As *Novelas* introduziram muitas reformas na legislação codificada, entre as quais merecem especial referência as de números CXVIII e CXXVII, que operaram uma verdadeira revolução no regime da sucessão *ab intestato*. A de número CXVIII está dividida em seis capítulos, tratando nos três primeiros propriamente da ordem da sucessão – de *descendentium successione*, – de *ascendentium successione* – e – *de successione ex latere venientium*; no quarto – *de agnatorum jure in hereditate sublato;*; no quinto – *de legitima tutela liberorum et de matre et avia –;* e, finalmente, no sexto – *de vi et potestate hujus constitutionis in personis et in rebus*.

---

36 Esta coleção contém *Novelas* desde 535 a 556, umas escritas em latim, outras em grego e estão colocadas em ordem cronológica até a de número 126, que é de 26 de agosto de 549. Na Escola de Bolonha teve esta coleção grande aceitação depois que *Irnerius* reconheceu-a como legítima e fê-la ocupar o lugar até então mantido pelo *Epitomi Juliani*. (Krüger – loc. cit. – e mais Savigny, Biener e Heimbach, por ele citados.)

A de número CXXVII está dividida em quatro capítulos, tratando no primeiro de corrigir uma disposição da CXVIII, a fim de – *ut fratrum filii succedant etiam ascendentibus primi gradus exstantibus;* no segundo de – *quando donatio propter nuplias insinuationi subjaceat;* no terceiro – *ut mulier quæ ad secundas nox transit nuptias, tantum habeat, quantum unus filiorum;* e, finalmente, no quarto – *matrimonium sine causa dissolvendum non esse.*

Eis aí quatro reformas das mais importantes nos institutos da sucessão hereditária, do parentesco agnatício, da tutela legítima e do divórcio.

Em relação à sucessão, estabeleceu a *Novela CXVIII* três ordens de sucessores: a dos descendentes, a dos ascendentes e irmãos germanos e a dos colaterais;[37] quanto ao parentesco, pôs fim à diferença entre agnação (linha masculina) e a cognação (linha feminina), para que, sem distinção alguma, viessem todos à sucessão *ab intestato* dos seus parentes, segundo o grau de parentesco, quer este fosse pelo lado paterno, quer pelo lado materno;[38] a respeito da tutela legitima aboliu algumas restrições e introduziu a salutaríssima providência de outorgar às mães e às avós, por exceção, o direito de preferência para o exercício da tutela sobre seus filhos e netos,

37 Itaque, prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de coeteraea sola servari, quae nunc constituimus. Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc, est, ascendentium et descendentium et ex latere... – Prefácio.

38 Nullam vero volumus esse differentiam in quacumque aut haereditate, intere os qui ad haereditatem vocantur másculos ac feminas, quos ad haereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi, sive per feminar personam defuncto jungebantur; sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus tractabatur: et omnes sire qualibet hujusmodi differentia, secundum proprium cognationis gradum, ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus. – Cap. IV.

39 ...Haec autem dicimus si masculi et perfectae aetatis sint, et nulla lege prohibeantur tutelam suscipere, neque excusatione competente sibimet utantur: mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nise mater aut aviafuerit. His enfim solis secundum haereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatusconsulti renunciat... – Cap. V.

uma vez que renunciassem o contrair segundas núpcias e o benefício do senatusconsulto *Veleiano*;[39] e relativamente ao divórcio, a *Novela CXXVII* estabeleceu a perfeita igualdade de direitos entre o homem e a mulher na alegação da causa determinante do pedido.[40]

Estas reformas, que tiveram a mais larga influência no desenvolvimento do Direito, foram também uma das causas da expansão dominadora do Direito Romano e vieram mostrar à posteridade que não foi a vaidade pessoal, como pensam muitos romanistas, o móvel principal dos trabalhos do Imperador, mas, sim, esse interesse legítimo de edificar para o futuro e melhorar os monumentos, à proporção que eles iam apresentando pontos fracos e vulneráveis.

O trabalho acumulado durante anos, desde a Lei dos XII Tábuas até a publicação das últimas *Novelas*, corporificou-se no formidável monumento de sabedoria que, como um poderosíssimo instrumento de civilização, tem merecido a admiração universal e imposto regras fundamentais de construção jurídica a todos os povos.

A construção geométrica da legislação romana, – disse Barros Guimarães[41] –, o rigor das deduções lógicas, a linguagem elegante e propriamente jurídica e o senso prático de suas disposições elevaram-na à categoria de modelo e, como tal, tem servido à legislação de todos os países, que a conhecem.

Estas virtudes, indubitavelmente apuradas na codificação justiniana, deram ao Direito Romano o extraordinário poder de penetração que ele tem manifestado através dos séculos, corrigindo, ensinando, criando e dominando as instituições jurídicas de quase todas as nações do globo e provocando a criação de uma literatura copiosíssima, desenvolvida e desdobrada em milhares de volumes.

---

40 Quia vero interdiximus dudum per nostram legem et viris et mulieribus repudia mittere et transigere matrimonia (nisi tamen quaedam sit causa nostroe legi cógnita) et poenas hoc facientibus et vris et mulieribus imposuimus: mutationem quandam circa poena viri ac mulieris facientes et ad melius hoc transformantes sancimus nullam esse differentiam quantum ad poenam quae contra mulieres a nobis definitae sunt, si sine causa nostrae enim aequali similies eis imminere paenas justum esse putamus. – Cap. IV. Vide – *A sucessão hereditária. Novelas 118 e 127.*

41 *Elementos de Direito Romano* – 2ª ed. – pág. 7.

42 Governou, portanto, 38 anos, 7 meses e 13 dias e faleceu com a idade de 83 anos.

Eis, em largos traços, a obra que ao falecer, em 14 de novembro de 565,[42] o grande Imperador legou à humanidade.

Um monumento como este, que tem zombado da ação do tempo, que tem assistido, impávido, à queda de tantos impérios, que tem resistido a todas as grandes revoluções sociais, que tem sido objeto de contemplação extasiada de todos os povos do universo, merece muito mais do que a nossa admiração; merece o nosso amor, porque ele tem esculpidas, nas faces mais salientes de sua férrea estrutura, as garantias da família, as lições de moral cristã, as seguranças da liberdade, a honra do gênero humano.

. . . .

Título X

CORPUS JURIS CIVILIS

ORIGEM DA EXPRESSÃO *CORPUS JURIS CIVILIS;* SUA COMPOSIÇÃO E AS PRINCIPAIS EDIÇÕES: GLOSADAS E NÃO GLOSADAS, COM E SEM NOTAS CRÍTICAS E EXEGÉTICAS. VISTA GERAL DESTES TRABALHOS, SEGUNDO PAULO KRÜGER. MODOS DE CITAR AS PARTES QUE O COMPÕEM. PRÁTICA DE MANUSEÁ-LO. AUTORIDADE DE SUAS DISPOSIÇÕES.

DEPOIS de terminados os monumentais trabalhos que receberam as denominações de *Institutas, Digesto* ou *Pandectas, Código e Novelas,* o Imperador ficou convencido de que suas obras constituíam a mais completa e perfeita consolidação do *Jus* e das *Leges* e, uma vez que, por isso, haviam de assumir o caráter de fontes únicas e exclusivas do Direito Romano, aboliu radicalmente todas as outras fontes, até então existentes, e proibiu que os encarregados da administração da Justiça e mesmo quaisquer particulares citassem outras leis que não as constantes das suas consolidações.[1]

---

1 *Dig. – De confirm. Digest.* – (Const. *Tanta* – parágrafo 19: – Haec, igitur omnia scientes, patres conscripti, et omnes orbis terrarum homines, gratias quidem amplíssimas aite summae Divinitati quae vestris temporibus tam saluberrimum opus servavit; quo enim antiquitas digna divino non est visa judicio, hoc vestris temporibus indultum est. Hasce intaque leges et adorate, et observate, omnibus antiquuioribus quiscentibus, nemoque vestrum audeat vel comparare eas prioribus, nemoque vestrum audeat vel comparare eas prioribus, vel, si quid dissonans in utroque est,

Embora obedecendo, na sua organização, ao intuito de formar uma coleção completa de *Jus* e *Leges,* o que é certo é que, entre os contemporâneos de Justiniano, nenhum procurou dar a feição de unidade aos trabalhos realizados, de forma que cada um destes era considerado uma entidade distinta e separada dos demais.

Não obstante costumassem os próprios colaboradores do Imperador e Jurisconsultos que apareceram depois dividir os trabalhos em duas porções, sob quelas denominações, chamando *Jus* – as *Institutas* e o *Digesto* – e *Leges* – o *Código* e as *Novelas,* a tendência foi sempre para separá-los, chegando até o tempo em que o próprio *Digesto* teve de sofrer divisões, como aconteceu com os estudiosos de Bolonha que dividiram-no em três partes, sob as denominações de *Digestum vetus, Infortiatum* e *Digestum movum.*[2]

Com a invenção da imprensa, a renascença dos estudos jurídicos, iniciada com a *descoberta de Amalfi* [3] no início do século XII, tomou um incremento formidável e a vulgarização das grandes obras de Direito Romano, principalmente as preciosas coleções de Justiniano, provocou a necessidade de seu conhecimento integral e sugeriu a idéia da coordenação em um só todos dos quatro monumentos da legislação bizantina.

---

requiere, quia omne, quod hic positum est, hoc unicum et solum observari censemus. Nec in judicio, nee in alio certamini, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem Institutionibus nostrique Digestis et Constitutionibus a nobe compositis, vel ostendere conetur, nisi temerator falsitatis crimini subjectus uma cum judice, qui eorum audientiam patiatr, poenis gravissimis laborare.

2 No próprio tempo da publicação do *Digesto,* o Imperador, não obstante a sua divisão em *livros, títulos, fragmentos* e *parágrafos,* entendeu fazer outra divisão *em consideração à natureza e importância do número sete:*...et septem partes eos digessimus non perperam, neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes, et consentaneam eis divisionem partium conficientes – Cit. *Const. Tanta,* parágrafo 1° *in fine.* – No *Prólogo de lãs Siete Partidas* – (Apêndice) – verá o leitor a *grande importância do numero sete* e verificará também como D. Afonso X, o sábio, era versado em astronomia, quando diz textualmente: – *E en este mismo cuento fallaron los Sábios antiguos las siete Estrllas mas nombradas que se llaman Planetas: que son Saturno, Júpiter, Mars, Sol, Venus, Mercúrio y Luna.*

3 Vide – Liv. 2°, T. V.

Foram publicadas várias edições, em separado, das *Institutas, Digesto, Código* e *Novelas*, e em conjunto, formando um todo completo. Coube a *Dionisius Gothofredus*, com a edição completa que publicou, em Lyon, no ano de 1583, o emprego da expressão – *Corpus Juris Civilis* –,[4] depois adotada por todos os editores que se seguiram.

O *Corpus Juris Civilis*, rigorosamente, é constituído apenas pelos quatro monumentos da legislação justiniana. – *Institutas, Digesto, Código* e *Novelas* (autênticas); mas, por via de regra, as edições publicadas trazem trabalhos de jurisconsultos, que não foram contemplados no *Digesto*, e constituições dos Imperadores Justino II (novelas 140 e 144), Tibério II (novelas 161, 163 e 164), além de editos de Prefeitos do Pretório, posteriores a Justiniano.

As edições mais conhecidas das partes que compõem o *Corpus Juris Civilis*, formando cada uma um todo independente das demais, são as seguintes:

1°. Das *Institutas* – A mais antiga edição das *Institutas* de Justiniano data de 1468, tendo sido publicada em Maiença por *Peter Schoeffer*.[5] Seguiram-se, em ordem cronológica, as de *J. Chappuis*, em 1503 (francesa); de *Gregorius Haloander*,[6] em 1529 (bávara); de *Confius*, em 1567, e de *Jacobus Cujacius*, em 1585 (francesas); de *Biener*, em 1812, *Bucher*, em 1826, de *Rossberger*, de *Klenze e Boeking*, em 1829, de *Schrader*, em 1832,[7] de

4 Parece que a expressão – *Corpus Juris* – foi acrescentada do vocábulo – *Civilis* – para distinguir o monumento de Direito Romano da coleção de Direito Canônico, que, segundo, a bula de Gregório XIII, de 1° de julho de 1580, já tinha a denominação de – *Corpus Juris Canonici* – (*Decretum Gratiani* – Part. I, distinto 3, início.)

5 Pedro Schoeffer de Gernssheim. Esta edição tem o nome de – *editio princeps*.

6 Gregotio Meltzer. Esta edição tem sido publicada várias vezes e servido de texto a quase todas as que têm sido organizadas na Alemanha.

7 O autor fez acompanhar o texto, em uma 2ª ed. De 1836, de preciosas notas críticas e exegéticas, dando o verdadeiro significado de vários termos e acompanhando o desenvolvimento histórico de alguns institutos.

Huschke, em 1868, de *Krüger*, em 1872 (alemães), além das de *Vinniu, D. Juan Sala, Laserna, Sandars,*[8] etc.

As *Institutas* estão traduzidas em quase todas as línguas dos povos civilizados. Entre outras, correm mundo as traduções de *Blondeau, Ortolan, Rodrigues Fonseca, Ortega* e as muito conhecidas nossas de *Coelho Rodrigues* e *Spencer Vampré.*

2º. Do *Digesto* – Há edições do *Digesto* em partes e no todo. As mais reputadas edições em partes, também chamadas *editiones príncipes,* são: a do *Digesto vetus,* de *Clayn,* publicada em Perusa, em 1476; a do *infortiatum,* de *Puecher,* publicada em Roma, em 1475; e a do *Digesto novum,* do memso *Puecher,* publicada, também em Roma, em 1476.

As edições no todo provém, em regra, dos célebres manuscritos denominados *Littera Pisana vel Florentina* e *Littera Bononiensis vel Lectio vulgata,* constituindo verdadeiras reproduções de um ou de outro e algumas vezes de ambos combinados.

Entre estas, destacam-se como as melhores:

a) A chamada *Lectura Haloandrina,* impressa em Nuremberg, na Baviera, por determinação do governo e sob a direção de Gregório Meltzer, conhecido pelo nome de *Haloander.*

O seu aparecimento teve lugar em 1529; é dividida em 3 tomos e, posto não seja *glosada,* todavia, contém notas críticas, principalmente para corrigir alguns erros da *Vulgata,* tendo o seu autor se utilizado de vários manuscritos e trabalhos que haviam tomado por objeto a *Littera Pisana,* como os de Bolognino e Policiano. A obra recebeu do autor a denominação de – *Digestorum s. Pandectarum libri L.* – mas, é geralmente

8 Na Universidade de Coimbra serve de texto para o estudo do Direito Romano a edição de Laboulaye, publicada especialmente pela Tipografia Acadêmica, em 1878. É a mais perfeita que conhecemos e guardamos um exemplar como jóia preciosa, não só por essa perfeição, como também porque foi no seu texto corretíssimo que iniciamos nossos estudos de Direito Romano, em 1884, na Faculdade do Recife. A edição de Sandars tornou-se muito apreciada, porque traz um prefácio de Hammond na reimpressão feita na América do Norte. Sumner Maine (*Ant. Dir.* – Cap. XI) alude a esta edição em seu prefácio, quando estuda a classificação de Gaius.
Há também uma edição com tradução em japonês do Visconde Suematsu.

conhecida pelo nome de *Lectura Haloandrina,* devido ao seu autor, ou simplesmente *Norica,* talvez em homenagem à região em que está a cidade de Nuremberg, entre a Récia e a Panônia, a que os romanos davam esse nome.

b) *A Lectio Florentina,* organizada de acordo com os subsídios fornecidos pela *Littera Pisana,* foi levada a cabo por Lellio e Francisco Torelli (Taurelius), Pai e Filho, com o valioso auxílio do célebre romanista espanhol Antonio Agustín, sendo publicada, em Florença, no ano de 1553, na oficina tipográfica de Lourenço Torrentino e dividida em 3 tomos. Embora conhecida e designada com a denominação de *Lectio Florentina,* foi-lhe dado, na sua publicação, o título de – *Digestorum S. Pandectarum libri L. ex Florentinis Pandectis representati.* – É considerada a melhor das edições não glosadas.

c) Há várias edições perfeitamente ordenadas, a que se tem dado genericamente o nome de *Reconcinnationes,* entre as quais merece especial referência a que foi preparada por Porthier, publicada, em Paris, no ano de 1748. Esta edição serviu por muito tempo para os estudos de Direito Romano na faculdade de Paris, embora nem sempre tivesse guardado a ordem dos fragmentos, como se chama na *Littera Florentina.*

d) A edição mais perfeita, e que hoje é parte integrante da biblioteca de todos os cultores do Direito Romano, é a *Mommseniana,* trabalho meticulosamente realizado pelos notáveis romanistas alemães Theodoro Mommsen e Paulo Krüger, com a colaboração de Kerule, Fitting, Kiessling, Zangemeister, Reifferscheid e outros sábios cultores da legislação e literatura romanas e gregas.

Nesta preciosa edição, que apareceu em 1866 e ficou definitivamente correta em 1870, os seus autores não se detiveram exclusivamente no estudo e aproveitamento da *Littera Pisana* e da *Vulgata*; foram buscar em outras fontes autorizadas subsídios preciosos, mesmo em trabalhos e monumentos jurídicos da Grécia, como nas edições gregas e latinas das Basílicas, feitas por Fabrot, nos escritos dos canonistas bizantinos, dos sábios de Bolonha e de todos os seus predecessores. Poliglota notável, em seu trabalho procurou Mommsen dar a verdadeira significação ao pensamento, corrigindo os textos e pondo-os de acordo com os manuscritos, cuja linguagem lhe inspirava maior confiança. Daqui proveio que, não

obstante ter procurado reproduzir, quanto possível, o texto do manuscrito de Florença, a sua edição não se apresenta como uma simples cópia, mas, sim, até certo ponto, como um trabalho original e digno de merecer os mais francos e calorosos elogios dos competentes.

3º. Do *Código* – Embora sem a importância das edições do *Digesto*, o *Codex (repetita prælectio)* mereceu também a atenção dos estudiosos, de forma que quase todos aqueles que se deram ao trabalho de organizar os textos do *Digesto*, cogitaram igualmente de restabelecer a preciosa coleção das constituições imperiais. A mais antiga das edições, hoje conhecidas, foi levada a efeito por Peter Schoeffer Gernssheim, publicada, em Maiença, em 1475, sete anos após a publicação de sua edição das *Institutas*. Este trabalho era incompleto, pois, continha apenas os nove primeiros livros, indo até a uma constituição do Imperador Constantino, do ano de 321. Esta edição vinha seguida da glosa.

Em 1511, Chappuis publicou em Paris uma edição, sem glosa, desses nove primeiros livros, parecendo um simples trabalho de reprodução do texto da edição de Maiença, a que nos referimos acima.

A publicação destes nove livros somente se explica pelo fato de os três restantes não merecerem grande importância, porque diziam respeito a matérias de Direito Público, cujas disposições, pelas transformações operadas pelo regime governamental, se tinham tornado inaplicáveis e inúteis. Mais tarde, porém, alguns editores formaram um volume, em separado, dos três livros restantes, a que deram a denominação de *volumen parvum*.

Restabelecido assim o texto integral, o Código começou a ser editado com os seus doze livros, sendo a primeira edição feita por Gregório Meltzer, o já notável Haloander, em 1530, na cidade de Nuremberg, pelo que ficou sendo também conhecida por *Norica*. Esta edição contém as constituições latinas, com as respectivas *inscrições e subscrições*.

Seguiram-se a estas as edições de Le Mire em 1550, Le Comte em 1562, Russard em 1565, Charondas em 1575 e, finalmente Krüger em 1877.

Cujacius e Agustín muito contribuíram para restaurar o Codex, transplantando para as edições, de então, as constituições gregas que se encontravam nas coleções bizantinas.

4º. Das *Novelas* – As *Novelas* não lograram do Imperador Justiniano o menor esforço para sua organização sistemática em um só corpo ou coleção. Entretanto, como vimos no título anterior, foram feitas três coleções distintas: a de *Julianus,* professor de Direito na Escola de Constantinopla, contendo 124 *Novelas,* recebendo a denominação de *Epitomi Juliani;* –outra, de autor e datas incertos, com 134 *Novelas,* a que deram o nome de *Authenticum Corpus Novellarum,* comumente chamada de *Authentica* – e ainda outra, publicada no fim do século VI, compreendendo 161 *Novelas,* a que adicionaram sete constituições posteriores a Justiniano.

Estas coleções, posto que sem cunho oficial, não podendo, por isto, inspirar confiança, serviram de fonte às edições que se fizeram a partir do século XV.[9]

A primeira edição, conhecida com a designação de – *editio vulgaia* –, foi feita em Roma (1476), conjuntamente com três livros do *Código,*[10] as *Institutas* e os *Libri Feudorum.* Nesta edição foram incluídas as *Novelas* que tinham sido objeto dos estudos dos antigos glosadores, sendo extraídas do *Authenticum Corpus Novellarum.* Vieram, em seguida, as edições: – de Bobier, publicada em Lyon, em 1512, contendo 82 *Novelas,* – de Le Mire, publicada também em Lyon, em 1561, – de Agustín, publicada

---

9 Pou y Ordinas – cit. *Hist. Ext. del Derecho Romano* – Lição XXIII pág. 412 – ensina que acerca destas Constituições (*novellas*) devemos distinguir as coleções diferentes que têm sido conservadas. O *Epitomi Juliani* foi-nos transmitido em numerosos manuscritos com diferentes adições. A coleção grega de Constantinopla conservou-se em três manuscritos que se completam reciprocamente e são o manuscrito de *Florença,* o de *Veneza* e o de *Paris.* Este último é uma tábua em grego (*index originae*) das rubricas das 168 *Novelas* de que se compõe a coleção. Da recopilação latina – *Authenticum* ou *Versio Vulgata* – só se conservam manuscritos incompletos, que diferem entre si pelo número de *Novelas* que incluem nas nove *coleções* que dessas constituições fizeram os glosadores. O manuscrito mais completo desta coleção, e que mais se aproxima do estado em que os glosadores deviam possuir o *Authenticum,* é o que se encontra em Viena, sobre o qual Savigny foi o primeiro a chamar a atenção. Recentemente foram encontradas por Bonturini, em um manuscrito de Udine, duas *Novelas* dos anos de 553 e 557, que até o presente eram desconhecidas.

10 Naturalmente foi esta edição que serviu para a publicação do *volumen parvum* e para a edição do Código feita por Haloander, em 1530.

em Lérida, em 1567, – de Pithou, publicada em Basiléia, em 1576, – e de Hœnel, publicada em Leipzig, em 1873.

Os manuscritos conhecidos pelos nomes *Florença, Veneza e Paris,* extraídos da coleção grega de Constantinopla, têm servido de preciosos mananciais para as edições que se publicaram, a partir ne *Norica,* de Haloander, em 1531, trazida a lume em língua grega, com versão latina.[11]

Depois desta, veio a edição de Herwagen, publicada em Basiléia, no ano de 1541, fazendo pouca diferença da anterior, embora, por um trabalho de confronto entre a *Norica* e o manuscrito de Veneza, se lhe adicionassem as admoestações e notas de Virgilius, que dissiparam muitas dúvidas.

Em 1558 apareceu na Suíça (Genebra) a edição de Henrique Scrimger, contando mais 25 *Novelas* que não constavam da coleção *Norica,* porém, faltando 4 *Novelas* das já consignadas no trabalho de Haloander.

Estas lacunas levaram Henrique Agileo a formar uma edição, completando reciprocamente as duas anteriores, publicada em Colônia e Basiléia, em 1560 e 1561, com 168 Novelas.

A edição considerada mais perfeita e que, por isso, serviu de guia a todas as edições de Godofredo, foi a de Le Comte, publicada, em grego e latim, na cidade de Lyon, nos anos de 1559, 1566 e 1571, sendo a de 1566 reimpressa em 1581, na mesma cidade de Lyon. Estes exemplares foram publicados, uns, com glosas e, outros, com o texto unicamente.

Além das apontadas, merecem também especial menção: a edição holandesa (Amsterdã) de Simon van Leeuwen, publicada em 1663, – a de J. F. Homberg, em Marburgo, em 1717 – e, finalmente, as publicações esparsas de algumas *Novelas,* como a de Savigny (*Nov.* 62 e 104) e Kriegel (*Nov.* 87).

---

11 Esta coleção contém 122 *Novelas* completas em grego e ao lado de cada uma a respectiva tradução latina. Foram copiadas do manuscrito de Florença por Bolognino, tendo-se-lhe acrescentado alguns fragmentos de outras *Novelas* posteriormente encontradas.

Em relação às edições completas de todos os trabalhos do Imperador Justiniano, cujo conjunto, como vimos, recebeu a denominação de *Corpus Juris Civilis,* cumpre, primeiramente, dividi-las em três grupos distintos: 1°. As edições simples, com textos unicamente, não glosadas e sem notas; 2°. As não glosadas, mas, contendo notas críticas e exegéticas e 3° as glosadas.

Entre as não glosadas e sem notas, mencionaremos a de Dyonisio Godofredo, publicada em Lyon, em 1589, em Genebra, em 1598, e em Amsterdã, em 1664, sendo esta geralmente conhecida pela denominação de – irmãos Elzevir –, que foram os que a imprimiram na Holanda. Também devemos indicar a muito conhecida edição de Freisleben (*Ferromontanus*), publicada várias vezes e de que Gallisset se serviu para imprimir, em 1862, a edição predileta dos estudantes das nossas Faculdades Jurídicas e que recebeu o nome de *Corpus Juris Civilis Academicum Parisiense.*[12]

Entre as não glosadas, porém, contendo notas críticas e exegéticas, isto é, comentários e interpretações gramaticais e históricas dos respectivos textos, devemos indicar, na ordem cronológica do aparecimento, as seguintes: – a de Russardus, publicada em Lyon em 1560, reimpressa em Antuérpia duas vezes, em 1566-1577; a de Contius, publicada em

12 Não obstante provir das edições incorretas de Freisleben de 1721 e 1789, o trabalho de Gallisset, pela sua redução a um volume somente, fácil de manusear, pela insignificância de seu custo e pelas adições de alguns monumentos, que lhe foram feitas, tornou-se um livro estimável. Além de ter adotado a ordem cronológica na colocação dos trabalhos de Justiniano, isto é – *Institutas, Digesto, Código* e *Novelas,* permitindo, assim, separar o *Jus* do *Leges,* a edição de Gallisset, antes das *Institutas,* transcreveu vários excertos de Ulpianus (*Fragmenta Libri Regularum Singularis* e do Libro II *Institutionum*); de Paulus (*Sententiarum Receptarum*); do *Fragmentum Veteris Jurisconsulti*; de Modestinus (*Libro Differentiarum II*) e as *Institutas* de Gaius. Depois das *Novelas,* juntou alguns *Edicta Justiniani, Novellae Constitutiones Justini, Constitutio Tiberii,* algumas Constituições de Justiniano, Justino e Tibério, extraídas de antecessores do *Epitomi Juliani;* de Leão (113 consts.), de Zênon e vários outros Imperadores, *Cânones dos Apostolos, Feudorum Consuetudines* (5 livros), Constituições de Frederico, Extravagantes, *Liber de Pace Constantiae* e, finalmente, trechos da Lei das XII Tábuas.

Paris em 1562; a de Charondas, publicada em Antuérpia em 1575; a de Pacius, publicada em Genebra, em 1580; as de Dionisius Gothofredus, publicadas em 1583, 1590, 1602 e 1607, tendo seu filho Jacobus Gothofredus publicado em 1624, em Genebra, a 5ª edição, a que juntou alguns papéis de seu pai, relativos a trabalhos de pesquisas de Direito Romano. Esta edição serviu de subsídio para quase todas as que lhe seguiram.

Além das indicadas, devem ser também lembradas: a de Gebauer e Spangenberg, publicada em Gœtting, entre os anos de 1776 a 1797; a de Beck, publicada em Leipzig em 1825; a de Kriegel, publicada também em Leipzig em 1833 e reimpressa em 1843.[13]

As edições glosadas do *Corpus Juris Civilis* foram as primeiras a aparecer e nem podia deixar de ser assim, porque, depois que Accursio compôs a sua *Glosa Magistral,* a autoridade desta tomou tais proporções que os seus admiradores chegaram a criar o aforismo – *Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia.*

A primeira edição do *Corpus Juris,* que apareceu, em tais condições, foi impressa em 1476-1478, por Jacobus Rubaens, da cidade de Veneza, seguindo-lhe a de Baptista Tortis, publicada na mesma cidade, em 1482, e as suas dez reimpressões, sucessivamente feitas, a última das quais veio a público em 1514.

---

13 Trabalho de subido valor, resultante dos esforços conjugados dos irmãos Mauricio e Alberto Kriegel, esta edição foi levada a termo por uma paciente escolha entre os trabalhos do gênero até então publicados. Serviram-lhes de fontes; relativamente às *Institutas* – a edição de Biener, ao *Digesto* – o manuscrito de Florença, com algumas alterações, ao *Código* – a coleção de Herman e às *Novelas* – o trabalho de Osenbrüggen. Esta edição é especialmente recomendada pelo romanista pátrio Vieira da Silva (cit. *Hist. do D. R. Privado* – pág. 21). Na Biblioteca desta edição, além das Gallisset e outros.

14 A edição de Godofredo foi corrigida e melhorada por Le Comte e Cujácio. Contém um texto eclético e serviu para fundamento de muitas outras edições e de quase todos os trabalhos sobre Direito Romano publicados no século XVII. Entre as edições que tomaram-na para guia está a de Joannis Fehii, publicada em Lyon, em 1627, sob o título de *Corpus Juris Civilis, opera et studio Joannis Fehhi* – Foi esta a última edição glosada que se publicou. Há uma tradução espanhola em duplo texto – latino e castelhano – de Ildefonso Corral, publicada em 1889, que constitui um trabalho de valor.

Depois destas, vieram: as dez edições de Franscisco Fradin, impressas em Lyon, de 1510 a 1536; a de Louis Le Mire, publicada em Paris, em 1548, geralmente conhecida pelo nome de *Corpus Juris Augustini,* devido às notas que lhe foram adicionadas pelo romanista espanhol D. Antonio Agustín, a que acima nos referimos; as quatro edições de Contius, impressas sucessivamente em Paris, nos anos de 1559, 1565, 1569 e 1575; as de Dionisius Gothofredus, impressas em Lyon, a partir de 1589 até 1627 [14] e, finalmente, a de Baudosa, publicada em Lyon, em 1593, mas, desde logo, desprezada, devido ao fato de estar crivada de erros de impressão.

São essas as edições glosadas e não glosadas dos monumentais trabalhos do Imperador Justiniano.

Embora tivéssemos procurado fazer, de acordo com as indicações de *Mackeldey, Vieira da Silva, Maynz, Pou y Ordinas* e tantos outros, uma resenha a mais completa possível, dessas edições, é necessário dar uma vista geral desses trabalhos, e melhor não poderíamos fazer do que transcrevendo as observações de Paulo Krüger no último parágrafo constante de sua preciosa *História, Fontes e Literatura do Direito Romano,* tantas vezes já citadas no correr do nosso trabalho.[15]

Os críticos mais ilustres do século XVI, diz o eminente romanista, não desdenharam de ocupar-se com a publicação das compilações do Direito Justinianeu, já trabalhando eles mesmos, já excitando outros; deve citar-se em primeiro lugar *Antonio Agustín* (falecido em 1586) e *Jacob Cujácio* (falecido em 1590). Havia-lhes precedido *Haloander,* que publicara em separado partes distintas da obra de Justiniano; esse sábio fez grandes melhoramentos à crítica dos textos, graças aos seus variados conhecimentos, á penetração de sua inteligência, à delicadeza de seu saber da língua latina e muitas das suas correções consideram-se ainda hoje como exatas. Pouco fez pelo texto das *Institutas*; porém, confrontou o *Digesto* com o manuscrito da *Littera Florentina*; serviu-se para os nove primeiros livros do

---

15 § 53 – págs. 358 a 361 –, da ed. espanhola da Biblioteca de Jurisprudência, Filosofia e História.

Código de um manuscrito, com cujo auxílio logrou restabelecer a maior parte das *subscrições,* tendo sido, finalmente, o primeiro que deu a conhecer a compilação das *Novelas*, em língua grega, contida no manuscrito de Florença.

A edição das *Pandectas*, para a qual Haloander havia se utilizado do manuscrito de Florença, não tardou em cair no esquecimento; o texto dado por esse manuscrito foi, com efeito, publicado logo após, com muito cuidado, por Lellio Torelli, em 1553. Pouco depois, em 1558, *Scrimger* publicava a compilação das *Novelas* em língua grega, segundo o manuscrito de *Verona,*[16] que é mais completo e menos interpolado do que o de Florença. As edições das institutas de Cujacius serviram de modelo ás outras.

De todas as compilações de Justiniano, o Código era o que havia sofrido e apresentava mais lacunas. Algumas constituições gregas, que figuravam nas edições de Haloander, foram substituídas, quer com o auxílio de coleções canônicas, quer com o auxílio das Basílicas e de seus comentários; chegou-se a reconstituir-se o texto integral e a dar extratos dele; os manuscritos que ainda se não haviam consultado forneceram *inscrições* e *subscrições* complementares; encontravam-se, sobretudo, úteis indicações no Código Teodosiano, cujos livros VI e XVI foram editados por *Dutillet (Tilis)* em 1550 e por *Cujacius* em 1560, assim como as Novelas prejustinianéias, que eram o complemento desse Código.

Este publicava em 1562 uma excelente edição dos três últimos livros do Código de Justiniano.

A crítica do texto do *Corpus Juris* de Dyonisio Godofredo (*Gothofredus)*, nova reprodução das edições anteriores, sem sinal de trabalho pessoal.

Devo, no entanto, assinalar nesta época uma edição em que se realizaram alguns progressos para a fixação do texto: é a de *Gebauer* e

16 Deve se ler-se *Veneza.*

17 Século XIX.

Spangenberg, 1776-1797; se utilizaram para o *Digesto* as confrontações de manuscritos feitas por *H. Brencmann* (morto em 1796) e em particular a sua do manuscrito de Florença. No presente século,[17] graças sobretudo ao impulso dado por *Savigny,* as bibliotecas têm sido registradas e estudadas em seus manuscritos e as investigações dos sábios do século XVI, acerca do valor e caráter mais ou menos completo dos manuscritos que possuímos, têm continuado de novo. E *Schrader*, um dos primeiros que empreenderam esse caminho, dedicou-se a fazer uma edição crítica do *Corpus Juris,*[18] porém, deteve-se logo, por haver publicado as *Institutas* em 1832. A edição do *Corpus Juris* dos irmãos *Krieget* dá para o Código um texto notável fixado com o auxílio dos trabalhos de *E. Herrmann* (1ª ed. 1843). Publicaram-se também edições especiais do *Authenticum* e do *Epitomi* de Juliano, que continham, além do texto, um grande apêndice crítico.

Sabido é que, em nossos dias, a filologia tem realizado grandes progressos na crítica dos textos: os trabalhos anteriores não tinham aplicado os novos métodos, com todo o seu rigor, às fontes jurídicas: não correspondiam exatamente às exigências da ciência.

Mommsen deu, afinal, a edição crítica do *Digesto*, tanto tempo esperada. Eu fiz outro tanto com o código. Estas duas publicações foram completadas pelas duas *Institutas* e as *Novelas* da edição estereotipada do

---

18 Este projeto foi anunciado no *Prodomus Corporis Juris Civilis a Schadero Clossio Tafelio edendi,* 1823. Schrader expunha sobre a crítica dos manuscritos idéias pouco firmes. Limitava-se até então a comparar os manuscritos arbitrariamente escolhidos, adotando o texto mais conforme ao sentido; Scrader teve a pretensão de dar resultados definitivos com auxílio da crítica. Não desconheceu, sem dúvida, a necessidade de começar classificando os manuscritos e determinar suas relações. Porém, em suas investigações seguiu um caminho errado: seu erro foi tão completo que chegou a admitir que nenhum manuscrito deixava de ter valor. Assim, não vacilou em apresentar em suas críticas sobre as *Institutas* resultados de comparações feitas por ele entre todos os manuscritos que havia podido encontrar (uns 10) sem assinalar as variantes colhidas de um bom número de edições. *Haenel* seguiu o mesmo método em sua edição do Código Teodosiano: não se atreveu, porém, a prescindir de nenhum manuscrito ainda quando se tratasse de meras cópias de outros manuscritos por ele mesmo usados. – Not. do autor.

Corpus Juris Civilis de Weidmann: nesta mesma edição foram reproduzidos extratos do anexo crítico do *Digesto* e do *Código* da edição de *Mommsen-Krüger*. A edição das *Institutas* que eu publiquei é conforme aos mais antigos manuscritos. *Scholl*, editor das *Novelas*, reproduziu integralmente os manuscritos das compilações em língua grega: o texto primitivo do *Authenticum* está segundo os melhores manuscritos.

Zachariæ formou uma compilação, por ordem cronológica, de todas as *Novelas* de Justiniano que têm chegado até nós (há, aí, 174), juntando ao texto uma coleção das variantes mais importantes.[19]

Desta resenha, fácil será compreender a importância que tiveram os trabalhos da publicação dos monumentos da codificação justiniana na cultura e vulgarização do Direito Romano, a partir do ano de 1468, época em que veio á luz a edição das *Institutas* de *Peter Schoeffer Germssheim,* o primeiro monumento que logrou, ao mesmo tempo, a primazia do invento da imprensa e a coincidência de aparecer publicado no próprio ano em que faleceu o célebre alemão *João Gensfleisch,* cognominado *Gutenberg.*

Muitos e diferentes são os modos de citar as partes que compõem o *Corpus Juris Civilis.* Como vimos no Título precedente (Liv. 1.º, Tit. IX), as *Institutas,* o *Digesto* e o *Código* são divididos em livros e títulos, tendo cada título a sua rubrica, que indica a matéria sobre que versam as disposições contidas no título. Os títulos das *Institutas* subdividem-se em parágrafos, contendo algumas edições, antes do 1.º parágrafo, um ou mais períodos sem numeração, a que costumam dar a denominação de *princípio.* Os títulos do *Digesto* subdividem-se em fragmentos, por sua vez, subdividem-se em um ou mais parágrafos, quando são de certa extensão, sendo o inicial chamado *principio.* Nas melhores edições do *Digesto,* à semelhança da *Littera Florentina,* o *fragmento,* depois do seu número de ordem, traz o nome do jurisconsulto e o da obra de que foi extraído, com indicação do livro ou outra divisão desta, e em seguida vem o texto transcrito. Os títulos

19 Imp. *Justiniani pp. A. Novellae,* ed. C. E. Zachariae de Lingenthal, 1882. Esta edição é a única a que deve recordar-se para as *Novelas* que *Schöll* não publicou. No *Jus Graecoromanum* de Zachariae, parte III, há uma compilação de *Novelas* pós-justiniânias.

do Código subdividem-se em constituições e estas, numeradas seguidamente, com critério e ordem cronológica, têm as competentes inscrições e subscrições, que consistem na declaração do nome do Imperador que baixou cada uma, na indicação do nome da autoridade a quem foi dirigida, na fixação do tempo de sua publicação e, às vezes, no registro da data respectiva (dia, mês e ano, da era cristã). As *Novelas* foram divididas, ao tempo dos Glosadores, em coleções e títulos, recebendo cada *Novela* um número, subdividindo-se estas em um prefácio, um ou mais capítulos e um epílogo, tendo a data do dia e mês e sendo o ano designado pelo nome do cônsul em exercício, ou pelo número dos anos de governo de Justiniano.[20]

Para citar qualquer das partes do *Corpus Juris* têm os romanistas admitido arbitrariamente certas abreviaturas, entre as quais assinalaremos as mais em voga. Assim, temos:

Para as Institutas–: I., Inst., Instit., Institu.
Para o Digesto–: D., Dig. Ou P., p. II e ff.[21]
Para o Codigo–: C., Cód.
Para as Novelas–: N., Nov., Auth., Authent.[22]

---

20 As *Institutas* têm 4 livros, 98 títulos, 106 parágrafos; o *Digesto* 50 livros, 443 títulos e 9.138 fragmentos; o *Código* tem 12 livros, 765 títulos e 4.643 constituições e as *Novelas* estão divididas em 9 colações, 149 títulos e 168 novelas. Vide maiores detalhes no título anterior (Liv. 1º, T. IX).

21 Sobre a origem deste sinal – ff –, diz Pinto Júnior (cit. *Curs. Elem. de Direito Romano*, pág. 33, not. 37) – tem havido larga discussão. Savigny e Marezoll pensam que ele proveio de um D mal feito e riscado com um traço (como indicando uma abreviatura) que os editores e copistas tomaram depois por dois pequenos ff, acrescentando Savigny que esta explicação é hoje geralmente adotada (Vide Marezol, parágrafo 46). Entretanto, outros autores com mais plausibilidade sustentam que proveio dos copistas escreverem os dois ff pequenos em lugar do P. grego, inicial da palavra *Pandectas*, cuja forma no manuscrito se podia consfundir com dois pequenos ff (Bruscky, Anotações a Waldeck e Henrique Secco, *Manual Histórico de Direito Romano*, pág.).
Parece-nos, porém, que ff é uma abreviatura de *fragmenta* (no plural), referindo-se ao *Digesto*, por ser o único dos monumentos que os contém. Entre estudantes é hábito chamar o *Digesto* – o *livro dos fragmentos*.

22 Destas abreviaturas, adotamos, sem razão especial de referênca, as seguintes: *Int.*, *Cód.*, e *Nov.*

Além destas abreviaturas, outras são adotadas para designar as demais subdivisões dos monumentos justinianeos, tais como: L. (lei); Fr., fr. (fragmento); C, ou Const. (constituição); Pr., pr. (princípio); H. t. ou h. t. (este título, ou melhor, o fragmento do título a que se vem referindo); Arg. Leg. (argumento deduzido da lei, ainda que não expresso nesta) e as explicações da L., como: um. (única), ult. (última), fin. (final), penult. (penúltima), ant. penult. (antepenúltima), i. infra (abaixo) e s. supra (acima).

Quanto à colocação destas abreviaturas para a indicaçao completa do texto, não há uniformidade. Antes dos Glossadores, costumavam os juristas, mesmo os do tempo de Justiniano e os que se seguiram a estes em Constantinopla, fazer a citação obedecendo à seguinte ordem: primeiramente a compilação, depois o livro, título e, finalmente, o texto. Assim, por exemplo:

Digest. Liv. III, tít. III, fr. 4 – *Et in perpetuum.*

Os glosadores, porém, modificaram essa maneira de citar, adotando, depois da compilação, a indicação da rubrica, as primeiras palavras do texto e o parágrafo, sem dar o número do título, como se segue:

C. – Collatione Aeris – *Aeris pretia.* – c. un.

Depois das grandes edições impressas do *Corpus Juris* tem havido uma verdadeira confusão nos métodos de citação, tais como:

Citam as *Institutas* da seguinte forma:

§ – *Si adversus.* 12. Inst. de nupt. – ou

§ 12 – Inst. – *de nupt.,* ou ainda,

Inst. – *de nupt.* – L. 1.º, T., § 12.

Quanto ao *Digesto*:–

L. Nec liceat – 2. – *De Public.* – D.; ou

L. 12. § 3.º D. – *Qui et a quibus* –, ou

Dig. – *de ripa munienda* – L. 43, T. 15, pr. Ou §...

Relativamente ao *Código*:

Const. Ou L. – *Si filium tuum* – 1 §. C.

Pat. Potest. – ou

Const. Ou L. 23 § 1.º C. – *ad legem Juliam* – (IX, 9.º) ou

Od.– *de prox. Sac.* – L. 12, T. 19, Const. 6.º.

E, finamente, em relação às *Novelas*:

Authent. – *de hered. Ab intest.* – § *Si quis* – ou acrescentado o número da *Collatio* (Glosadores), ou

Nov. – C. 4.º, T. 10, const. 31, Cap. 3.º, ou simplesmente – Nov. 115, Cap. 4.º, § 7.

Parece-nos preferível adotar como regra para tais citações a que depender de menor perda de tempo na verificação respectiva.

Estando as *Institutas*, o *Digesto* e o *Código* divididos em livros e títulos, o método mais simples para a citação de qualquer de suas partes deve ser o que indique em primeiro lugar a compilação, depois o número do livro e do título e, finalmente, o §, quando se tratar das *Institutas*, o fragmento, o princípio ou o §, quando a citação for do *Digesto* e a constituição, se a compilação for o *Código*. Poder-se-á também, quando a citação for do *Digesto* ou do *Código* e se procure dar maior autoridade ao texto, indicar o nome do jurisconsulto ou do imperador que o forneceu.

Em relação às *Novelas*, estando estas devidamente numeradas e guardando todas as edições perfeita uniformidade na numeração, bastará citar o número da *Novela* e o capítulo a que se refira a citação.

Assim, poderemos fazer as citações pela forma seguinte:

> Inst.– L. II, T. I, § 7.º, cujo texto é: *Nullius autem sunt res sacrae et religiosae at sanctoe: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.*
>
> Dig.– L. XXXIX, T. VI, fr. 8.º, § 1.º, ou Ulpianus – Dig. – L. XXXIX, T. VI, fr. 8.º, § 1.º cujo texto é: *Denique et sic posse donari ait, ut si convaluerit, recipiatur.*
>
> Cód.– L. VI, T. XXXI, const. 5.ª – ou Diocletianus– Cód.– L. VI, T. XXXI, const. 5.ª – cujo texto é: *Pupillorum repudiatio delatae heresitatis sine tutore auctore facta, nihil eis nocet.*
>
> Nov. – 130 – Cap. 2.º,– cujo texto é: *Species autem quoe inveniuntur in unoquoque loco ipsos accipere milites, et non alias quoerere quoe in ipsa regione non inveniuntur, et propter hoc tergiversationem aut damnum inferri nostris collatoribus.*

Para manusear qualquer das edições do *Corpus Juris* e poder encontrar a disposição desejada, cumpre, primeiramente, saber em qual das compilações deve ser procurada.

Se se tratar de um simples princípio, regra ou preceito fundamental, de uma noção de direito de caráter didático, de uma explicação rápida de técnica jurídica, a compilação preferida deve ser as *Institutas.*

Se, porém, além desse princípio, noção ou explicação, houver necessidade de conhecer a fundo a opinião dos jurisconsultos, as controvérsias suscitadas sobre o assunto, uma abundante argumentação e desenvolvida discussão, deve ser o *Digesto* a fonte onde buscar tais subsídios.

As *Institutas* e o *Digesto* são, como os próprios juristas romanos já compreendiam, as fontes do *Jus,* considerado este no duplo aspecto da regra geral e princípio científico dominadores das relações na vida social.

Mas, como o Direito não é um produto espontâneo da sociedade ou do capricho dos governantes, mas, sim, o resultado da necessidade de harmonizar, coordenar, disciplinar interesses, ao lado das regras gerais e dos princípios científicos correm paralelamente outras regras e princípios particulares, que aparecem e desaparecem pelas injunções da vida dentro de uma certa época.[23] A estas regras e princípios particulares os romanos davam a denominaçao de *Leges,* que, no tempo do Império, tomavam a forma de *constituições.*

Assim, pois, quando se precisar saber quais as regras dominantes sobre certas instituições jurídicas, não no sentido do que deveriam ser, *cientificamente,* mas, sim, no sentido do que eram, *efetivamente,* na palavra e com a autoridade da lei, é no *Código* ou nas *Novelas* que se deve procurar a respectiva solução.

Daqui, podemos dizer que as *Institutas* e o *Digesto* são os monumentos do *Direito Ciência* – o que deve ser–: ao passo que o *Código* e as *Novelas* são os monumentos do *Direito-Lei,* – o que, de fato, é.

---

23 Todo sistema de forças, disse Tobias Barreto – *Estudos de Direito* – pág. 178 – vai atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é também um sistema de forças, e o estado de equilíbrio que ela procura é justamente um estado de direito para cuja consecução ela vive em contínua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas, segundo os rigorosos princípios humanitários, porém, que devem ser sempre eficazes.

24 Haja vista o que ocorre com o *Dig.* – L. 41, T. 1º, fr. 7º. Parágrafo 7º. Comparado com as *Inst.* – L. 2º, T. 1º parágrafo 25; – com o próprio *Cód.* – 8º, T. 53, const. 2ª – e assim muitos outros casos.

Em torno destas considerações e havendo entre as compilações algumas antinomias, não obstante a preensão de Justiniano em contrário[24] tornou-se necessário estabelecer regras pondo termo a tais antinomias.

Atendendo a que, pela ordem cronológica da publicação dos monumentos de Justiniano e pela própria autoridade das *Leges* sobre o *Jus*, o *Código* e as *Novelas* têm preferência sobre as *Institutas* e o *Digesto*. Fácil foi aos intérpretes, socorrendo-se do princípio de *Modestinus*,[25] estabelecer a regra de que *posteriora prioribus derogant*. Mas, se a posterior derroga a anterior, como aplicar esta regra às antinomias existentes entre as *Institutas* e o *Digesto*, que foram publicados, na mesma data e pelo mesmo ato?[26]

Disto surgiram duas regras, que foram compendiadas pela forma seguinte:[27]

1.º As *Institutas* prevalecem sobre o *Digesto* quando se verifica pela disposição daquelas que o Imperador queria constituir direito novo;[28]

2.º O *Digesto* prevalece sobre as *Institutas* sempre que se reconhecer que o dispositivo destas teve por fonte um dispositivo daquele.[29]

Quando a contradição está em disposições da mesma compilação, deve prevalecer a que tiver a seu favor a confirmação dos compiladores e, no caso de silêncio, a que obedecer às regras de hermenêutica.

---

25 *Dig.* – L. 1º, T. 4º, fr. 4º – ibi – *Constitutiones tempore posteriors, potiores sunt his quae ipsas praecesserunt.*

26 30 de dezembro de 533. – Vide Apêndice XIII.

27 Veja-se, com proveito, o que sobre este assunto escreve o ilustrado Professor Dr. Reinaldo Porchat – *Curso Elem. de Direito Romano* – vol. I, ns. 95 usque 118.

28 Veja-se, por exemplo, o caso das *Inst.* L. 1º T. 6º, parágrafo 7º – que permite ao púbere maior de 17 anos dar liberdade, por testamento, a escravo seu, – ao contrário do que dispõe o *Dig.* L. 40, T. 2º, em vários fragmentos, em que se afirma que *...ctiam si ipse filiusfamilias manumittere non possunt* – (fr. 18 – de Paulus).

29 É o caso do *Dig.* L. 41, T. 1º, fr. 7º, parágrafo 7º em que Gaius, fundado em Nerva e Próculo por um lado, e Sabino e Cássio, por outro lado, mostra a controvérsia sobre a *apecificatio*, ao invés do especificador, como estabeleceram as Inst. . 2º, T. 1º, parágrafo 25.

Do exposto, devemos concluir que, pela regra de Modestinus, de acordo com o princípio fundamental de que – *quod Principi placuit, legis habet vigorem* – as *Novelas* prevalecem sobre o *Digesto* e as *Institutas*; o *Digesto* e as *Institutas*, reciprocamente, segundo aquelas duas regras; e, finalmente, tratando-se a opinião dos compiladores ou as regras de hermenêutica.

Livro Segundo

Expansão do Direito Romano – Causas do seu desenvolvimento

. . . .

Título I

INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO SOBRE AS PRINCIPAIS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, DESDE O IMPERADOR CONSTANTINO ATÉ JUSTINIANO

SUMÁRIO – GOVERNO DE DIOCLECIANO, DIVISÃO DO IMPÉRIO, SEUS COLABORADORES E SUBSTITUTOS: A *TETRARQUIA*. O CRISTIANISMO E A SUA PENETRAÇÃO EM TODAS AS CAMADAS SOCIAIS. O IMPERADOR CONSTANTINO E OS ACONTECIMENTOS QUE O CONDUZIRAM AO *EDITO DE MILÃO*. A IMPORTÂNCIA DESTE ATO IMPERIAL E OS SALUTARES RESULTADOS POR ELE PROVOCADOS NA ORDEM MORAL E POLÍTICA. A EVOLUÇÃO DAS IDÉIAS RELIGIOSAS E OS GRANDES HOMENS NOS TRÊS SÉCULOS EM QUE AO PAGANISMO SUCEDEU O ESTOICISMO E A ESTE O CRISTIANISMO. O DIREITO E AS SUAS FASES SOB O INFLUXO DAS RELIGIÕES. – A REAÇÃO DE JULIANO, O APÓSTATA. ESTUDO DAS CAUSAS DA INFLUÊNCIA DO *CRISTIANISMO* SOBRE AS PRINCIPAIS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E SOBRE OS GRANDES MALES SOCIAIS, SEGUNDO *OZANAN, TROPLONG, FERRINI, CARUSI, RICCOBONO, BOUCAUD* E OUTROS: A ESCRAVIDÃO, A *FAMÍLIA*, OS *PECÚLIOS*, OS *DIREITOS DO PAI DE FAMÍLIA, AS RELAÇÕES ENTRE CASADOS, O DIVÓRCIO*, A *PROPRIEDADE*, A *CONDIÇÃO DAS MULHERES* E A SUA *ELEVAÇÃO*, AS *PRISÕES* E *PENAS CORPORAIS*, AS *SUCESSÕES HEREDITÁRIAS*. A CRISTIANIZAÇÃO DO DIREITO ROMANO AO TEMPO DE JUSTINIANO FOI A CAUSA PREPONDERANTE DA SUA EXPANSÃO E DA ASCENDÊNCIA QUE CONSEGUIU SOBRE O MUNDO CIVILIZADO.

REZA a História que no dia 17 de setembro de 284, Diocles, o simples filho de um escravo da Dalmácia, soldado com Claudius, o *gótico*, e com Aurelianus, oficial com Probus, cônsul, governador da Mésia e conde dos domésticos com Carinus e Numerianus, subiu ao trono em que se sentara o filósofo Marco Aurélio.

Para agradar aos seus súditos, começou romanizando o nome grego, que, de Diocles, passou a ser *Diocletianus*, fórmula de bajulação largamente empregada por muitos dos imperadores anteriores e posteriores[1].

Diversamente julgado pelos historiadores contemporâneos, Diocleciano não era nem o homem "inferior", como aponta Lactantius, célebre retórico professor em Nicomédia, nem o "pai do século de ouro", como o chama Lampridius, eminente colaborador da *História Augusta.*

Tenaz e paciente, o que quer dizer *força*, sereno e refletido, o que significa prudência, o operoso monarca era, como diz um dos seus biógrafos[2], *um homem senhor de si mesmo,* o que é a primeira condição para ser senhor dos outros.

O sucessor de Numerianus, iniciando a história do Baixo-Império, realizou profundas reformas no aparelho administrativo de Roma, assegurando, com elas, a paz no interior, depois que livrou o Império e o exército do Ocidente da prepotência de Carino, o vencedor da batalha de Margus, porém, morto aos golpes de um marido ludibriado[3].

Governou 21 anos, abdicando em 1º de maio de 305 e recolhendo-se a Salônica, onde continuou a ser o simples Diocles, mas, assinalado com o ferrete da História como um dos mais cruéis perseguidores da Fé Cristã.

A sua administração caracterizou-se, principalmente, pelas perseguições e pelas profundas reformas operadas na máquina governamental.

1 Segundo afirma Gibbon – Cit. *Hist. of the decline and fall of the roman empire* – Cap. XIII – o nome que serviu para distinguir Diocleciano lhe veio de uma pequena cidade da Dalmácia, de onde se originava sua mãe. Esta cidade era chamada Dóclia, de uma pequena tribo de ilírios. O primeiro nome do herói foi provavelmente – *Docles* –, alongado, para dar-lhe um som conveniente à harmonia grega e, por isso, Diocles, sendo depois transformado em *Diocletianus.* O seu nome patrício era *Valerius*, segundo Aurelius Victor (*Hist. Augusta*).

2 Duruy – Cit. *Hist. Romana* – vol. III, cap. 76.

3 *Hist. Augusta* – pág. 254; Gibbon – *op. cit.* – Cap. XIII, not. 2, pág. 212.

No ano seguinte à sua ascensão ao trono, associou ao governo Maximiano, a quem conferiu a dignidade de César[4], co-imperador, e a denominação oficial de Marco Aurélio Valério Maximiano.

Reservando para si o governo das províncias desde a Rétia até ao Eufrates e à Núbia, fez da cidade de Nicomédia, na Bitínia, a sede da sua administração, e entregou a Maximiano a África, Espanha, Itália, Gália e Inglaterra, embora, para manter a unidade do império, conservasse a direção do poder supremo[5].

Mais tarde, a multiplicidade dos negócios administrativos e a crescente necessidade de estender o governo às regiões do vasto império, de sorte a assegurar a execução dos grandes planos que delineara, fizeram com que escolhesse dois dos seus mais valorosos generais para auxiliarem a administração de Maximiano e a sua própria.

Junto àquele colocou Constâncio Cloro, filho de uma sobrinha do Imperador Cláudio, recebendo o nome de Valério Hércules; para si escolheu Galério, de origem humilde, porém, com acentuadas qualidades de governo e fanático das superstições pagãs.

Ruía, assim, o sistema da *diarquia*, que vinha desde Augusto, e, em seu lugar, criava a *Tetrarquia*, nova face de um sistema *monárquico absoluto*, com a colaboração de indivíduos de alta categoria, que seriam seus naturais sucessores, evitando-se por esta forma, as revoluções e sedições militares, cujas conseqüências eram sempre um desastre para o império e, freqüentemente, para a vida do imperador.

Dividido o império em *oriental* e *ocidental*, distribui Diocleciano o poder da seguinte forma: a Maximiano entregou a Itália, a Rétia, a Vindelícia, a África e a Espanha; a Constâncio coube a Gália, a que mais tarde se devia juntar a Inglaterra; a Galério ficaram a Grécia, a Creta, a Macedônia, a Península Balcânica, exceto a Trácia, e as províncias Ilíricas,

---

4 Veja-se Duruy – cit. *Hist. de Roma* – vol. III, Cap. XXVI, págs. 296 e seguintes. Maximiano era filho de colonos dos arredores de Syrmium, inculto e grosseiro, mas, valente e experimentado na arte da guerra.

5 Veja-se Guilherme Onken – cit. *Hist. Universal* – vol. V, págs. 665 e seguintes.

inclusive a Nórica; finalmente, reservou para si as províncias orientais e a maior parte das ilhas gregas.

Este sistema de governo, que outra cousa não visava senão *dividir* para *imperar*, restabeleceu a importância da Velha Roma e, coordenando os interesses gerais do país, deu-lhe a feição de unidade de que carecia para vincular todos os seus habitantes aos deveres de cidadãos, não obstante a diversidade de raças e de territórios em que estavam localizados.

Parece que estava mesmo nos planos de Diocleciano irmanar todos os povos do império, meio indireto de que se servia para abater o orgulho dos descendentes dos velhos troncos patrícios, que não concebiam a existência de qualquer outro lugar mais nobre, nem mais digno do que a cidade dos gêmeos.

As sedes ou capitais do império estabelecidas, sucessivamente, na Nicomédia, Sírmio e, finalmente, na Antióquia, não puderam, porém, desviar a atenção do mundo, fixa na velha cidade, que tinha profundas raízes na história da humanidade.

E por que assim acontecia? Por que o eminente imperador humilhava, por este modo, o berço da pátria?

A resposta parece fácil: lá tinham sido lançadas as sementes da Democracia e do *Cristianismo*, que deram de si árvores frondosas, a cuja sombra se acolheram os patriotas e os infelizes.

Se o governo de Augusto bastou para fazer esquecer a Democracia, que alimentara a República, nem o incêndio de Roma, as carnificinas do Coliseu e as trágicas perseguições dos imperadores pagãos conseguiram amortecer a chama divina do Cristianismo.

Compreendendo a profunda revolução moral que se vinha esboçando em todas as relações da vida, desde o recôndito do lar até as solenidades magnas da praça pública, por efeito da propagação do Cristianismo, procurou Diocleciano dar-lhe combate, talvez mais por preocupações políticas, do que propriamente religiosas. Se ele era pagão, Prisca, sua esposa, e Valéria, sua filha, eram extremamente simpáticas ao Cristianismo.

As suas perseguições tiveram início em 23 de fevereiro de 303 com a destruição da catedral cristã de Nicomédia[6].

O decreto do dia imediato, como diz o brilhante historiador G. F. Hertzberg[7], não podia ser cumprido sem derramamento de sangue e "despertou imediatamente nos cristãos o heroísmo agressivo do martírio, que desde a origem tinha desafiado o despotismo pagão e saído vencedor de todas as perseguições".

Esta atitude arrastou Diocleciano, com uma força irresistível, "para o pendor fatal e vertiginoso da perseguição feroz, que acabou num mar de sangue."

Mas tudo isto, todos os requintes de crueldade, apenas preparavam o caminho para a jornada gloriosa que teve início nas margens do Lago de Genesaré, o formoso Mar da *Galiléia*, onde o Mestre sublime mandou que os humildes pescadores viessem após Ele para que se tornassem pescadores de homens[8].

"*Ide, ensinai a todas as gentes, batizando-as em nome do Padre, do Filho e do Espírito Santo, ensinando-as a observar todas as cousas que vos tenho mandado e ficai certos de que eu estou convosco todos os dias até a consumação dos séculos*"[9].

E os pecadores, fascinados pela doçura dessa voz e forrados de coragem para tamanha empresa, saíram mundo em fora, conquistando, pela palavra de amor e caridade, pelo exemplo de virtudes e abnegação,

---

6 Data de 24 de fevereiro de 303 o célebre decreto em que o imperador mandava destruir todas as igrejas cristãs, entregar ou destruir todos os livros ou escritos cristãos, proibir as reuniões e atos de culto, demitir todos os empregados com perdas de quaisquer dignidades e honras, aplicar torturas aos que reincidissem em práticas cristãs, perder os direitos de cidade, para o liberto perder a liberdade, para o escravo a impossibilidade de reavê-la.

7 *Hist. de Roma* – L. 1º 2ª parte, Cap. 2º.

8 Evangelho de São Mateus – IV, 18 e 19. – Venite post me, et faciam vos fieri piscatoris hominum.

9 Idem – XXVIII, 18 a 19 – Euntes ergo docete omnes gentes baptisantes eos in nomine Partis, et Filii, et Spiritus Sancti: docentes eos servare omnia quaecumque mandavi vobis et ecce ego vobiscum sum omnibus diebus, usque ad consummationem soeculi.

pela constância de humildade e sofrimentos, todos os recantos da Terra e evangelizando aos pobres, curando os contritos de coração, pregando aos cativos a remissão, aos cegos a vista, aos oprimidos a liberdade e a todos o dia da retribuição[10].

Eis aí a origem do Cristianismo, eis aí a força irredutível contra a qual Diocleciano pretendeu insurgir-se, como, antes e depois dele, tantos outros governantes têm procurado abater nas lutas da incredulidade, durante mais de dezenove séculos.

O drama do Calvário, com o qual pretenderam os inimigos de Jesus humilhá-lo e apagar os sulcos profundos que Ele deixara na alma humana, foi a sementeira prodigiosa da Fé, foi a âncora poderosa da Esperança, foi a flor perfumosa da Caridade.

Trabalhada pela corrupção dos costumes, abatida pelas guerras intestinas, abalada nos seus fundamentos pela diversidade de crenças, a gloriosa cidade, que chegara a ser o centro da maior cultura do pensamento, implorava uma nova luz para a Fé[11], um novo apoio para a Esperança, uma nova moeda para a Caridade.

E a luz veio na palavra de São Pedro e de São Paulo, o apoio se fez nas feridas dos mártires e a moeda foi fundida no cadinho da fraternidade.

Luta titânica em que os heróis eram as vítimas; triunfo memorável em que os vencedores eram aqueles a quem transformavam

---

10 *Evangelho de São Lucas* – IV – 18 e 19..... evangelisare pauperibus misit me, sanare contritos corde, proedicare captivis remissione et coecis visum, dimittere confractos in remissionem, proedicare annum Domini acceptum, et diem retributionis.

11 Para bem ajuizar o que foi a entrada e o apostolado do Cristianismo em Roma, leia-se – Jerusalém –, obra de subido valor do ilustre sacerdote pernambucano Monsenhor Joaquim Pinto de Campos – ed. de 1874 – págs. 127 a 136. Nesta parte de sua obra o eminente patrício passa em revista as predições sobre a vinda de Cristo e o juízo dos mais ilustres homens do tempo a respeito da sublimidade de sua doutrina.

em tochas incendiárias para alumiar as bacanais, ou entregavam à voracidade dos tigres e leões para a carnificina do circo.

Depois dos Césares, os Antoninos, e de conquista em conquista, que coincidiam com as perseguições, a doutrina do meigo Nazareno ia ganhando adeptos, ia fazendo apóstolos. E quando Diocleciano começou a pôr em prática as suas crueldades para combater o invencível inimigo, Deus havia deliberado, nos seus impenetráveis desígnios, colocar a seu lado um jovem, de esmerada educação, filho de um dos co-imperadores, valente, sereno e de inteligência brilhante, destinando-o a representar um papel do mais alto relevo na história da Religião Cristã.

Este jovem era Flávio Valério Constantino, filho de Constâncio Cloro com Helena, humilde criada de uma hospedaria na Mésia Superior, nascido na mesma cidade em 28 de fevereiro de 274.

Tendo Diocleciano e Maximiano abdicado em 305, foram substituídos por Galério e Constâncio, ficando como co-imperadores – de Galério, sucessor de Diocleciano, Maximiano Daia, – e de Constâncio, sucessor de Maximiano, o general Flávio Severo.

Com a morte de Constâncio, o sistema de governo, instituído por Diocleciano, começou a experimentar profundos golpes, devido às pretensões dos sucessores dos co-imperadores.

Surgiram as grandes lutas entre os vários pretendentes aos postos de mando; tentaram a volta de Diocleciano ao poder; Maxêncio, filho de Maximiano, jovem com pouco mais de vinte anos, inspirando-se no exemplo de Constâncio, é proclamado co-imperador em Roma, prende Severo e manda estrangulá-lo, logo que soube haver Galério partido da Ilíria, com seu exército, em defesa do César legítimo.

Para substituir Severo é escolhido Caio Flávio Valério Liciniano Licínio, desencadeando-se, então, novas perseguições contra os cristãos e reaparecendo Maximiano no cenário político com a pretensão de voltar à posição que havia abdicado, o que lhe custou a vida,

com a particularidade de ficar a sua escolha como deveria morrer: preferiu a estrangulação.

Convencido Galério de que era impossível exterminar os cristãos, entendeu-se com os seus colegas Constantino e Licínio e em 30 de abril de 311 publicou em Nicomédia o primeiro ato legislativo iniciador da tolerância para com os adeptos do Cristianismo[12].

O exemplo frutificou. Maximiano publicou também um decreto para os seus domínios, obedecendo ao mesmo intuito.

Morto Galério, em maio de 311, a obra gigantesca de Diocleciano recebeu o golpe definitivo com as lutas que se seguiram para a sua sucessão e a figura de Constantino ia crescendo e dominando a opinião pública.

Aberta a luta entre Licínio e Maximiano, este foi vencido e morto, tornando-se aquele o soberano da parte oriental do império.

No curso destes acontecimentos, Constantino conservou-se arredado até que achasse ocasião propícia para dominar completamente a situação, excluindo Licínio do cenário político e tornando-se o chefe exclusivo do Estado.

Oferecida a oportunidade, dela soube aproveitar-se e as duas lutas que travaram, a primeira terminada com a paz de Adrianópolis, e a segunda com a retirada de Licínio para Salônica, despido da púrpura imperial, deram-lhe a 18 de setembro de 313, finalmente, o poder supremo e único do império romano.

---

12 O decreto – diz o cit. G. F. Hertzberg – está cheio de contradições, porque o imperador, não querendo confessar a sua impotência, deu tormentos às frases para conservar uma atitude semelhante à da antiga política romana, acabando, porém, com o reconhecer a religião cristã, a existência legal dela, permitindo o livre exercício do seu culto e a reconstrução das igrejas, embora com a condição de obediência às leis do Estado. "*Que supliquem d'ora em diante ao seu Deus a bênção para os imperadores, para o império e para os cristãos, a fim de que o estado se conserve e prospere de todas as maneiras e que os próprios suplicantes possam viver tranqüilamente nos seus povoados e lugares.*" São palavras textuais do decreto aludido.

Normalizada a vida administrativa de toda a nação, repetidos em Roma os atos legislativos de tolerância religiosa[13] e publicadas muitas constituições de importância para o Direito Privado, foi mudada a capital do império para Bizâncio, com o nome de Constantinopla, sendo o país dividido em quatro Prefeituras – Oriente, Ilíria, Itália e Gália, subdivididas em Dioceses e Províncias.

Dadas estas noções históricas sobre a situação do império romano durante os quarenta anos que vieram da ascensão ao trono por Diocleciano até a unificação do poder imperial por Constantino, vejamos os efeitos do Edito de Milão na formação das leis, nos costumes, na vida social, política e doméstica do povo romano.

Não há duas opiniões sobre a magnitude do Edito de Milão e não obstante ter a assinatura dos dois Príncipes, Constantino e Licínio, ninguém põe em dúvida, com fundamento, o fato de ser obra exclusiva do primeiro.

A sua origem, segundo historiadores do tempo, encontra-se em uma visão luminosa que teve o imperador, quando em caminho para a célebre batalha da ponte de Mílvio, contra Maxêncio, aparecendo-lhe, por cima do sol poente, uma cruz com as palavras luminosas – *in hoc signo vinces* – e no dia imediato viu, em sonho, Jesus Cristo com a cruz, ordenando-lhe que fizesse um estandarte à semelhança daquele símbolo[14].

---

13 São dignos de menção os dois decretos publicados em Roma, logo após a sua vitória sobre Licínio, acentuando as bases de sua política de tolerância religiosa, no qual desenvolvia as idéias firmadas no Edito de Milão, procurando reparar os grandes males das perseguições e insistindo na concessão da liberdade de religião e culto, embora aconselhando – "a adoção da doutrina pura e imaculada de Jesus Cristo". São de um destes decretos as afirmações de que o paganismo era uma opinião ímpia e um poder das trevas, mas, acrescentando, segundo Hertzberg – loc. cit. – que "os que estão em erro conservem os seus falsos templos, porque não se deve obrigar ninguém com castigos a lutar pela vida eterna; mas, os que não quiserem salvar-se, não culpem depois os outros, porque o remédio é publicamente oferecido a todo o mundo e em especial coíbam-se todos de depreciarem a verdadeira religião." Leia-se, com sumo proveito, o capítulo III – Constantino o Grande, imperador único – da obra citada de Hertzberg, incorporada ao vol. V da *Hist. Universal* de G. Onken.

14 Santo Eusébio – *Vida de Constantino* – afirma que não só os soldados do imperador tiveram a mesma visão, como também que o próprio Constantino lhe relatara o fato como verdadeiro e sob juramento.

Fantasia ou não, a verdade é que, desde esse dia, começou uma era nova para a atuação do filho de Constâncio sobre o mundo pagão e o Edito de Milão, publicado meses depois, fazia ruir a religião que vinha sendo considerada a causa essencial da grandeza de Roma.

Os cristãos constituíam, então, um pequeno grupo em meio à massa geral dos adeptos do paganismo e de outras seitas religiosas, vindas de toda parte, porque é sabido que os centros populosos do Império eram formados de uma verdadeira mescla de habitantes de raças e origens diversas, traduzindo-se, na feição social, esse cosmopolitismo que caracteriza o surto de progresso material das cidades modernas[15].

O *Edito de Milão* foi promulgado em começo do ano de 313, pondo fim ao ostracismo da Igreja e abrindo novos horizontes para os perseguidos pela crueldade de Diocleciano e seus co-imperadores.

Permita-se-nos, aqui, dizer, com as próprias palavras de Hertzberg, já tantas vezes invocadas, os efeitos morais desse salutaríssimo ato legislativo sobre a marcha geral dos acontecimentos.

"O decreto da liberdade abriu uma nova era ao desenvolvimento interno do Império, porque a religião cristã tornou-se livre como as outras e, abolidas todas as medidas repressivas, cessaram os obstáculos que tinham dificultado o exercício do culto e a conversão ao cristianismo, que, em vez de ser uma religião unicamente tolerada, passou a ser uma religião legalmente reconhecida, com iguais direitos aos da antiga religião do Estado.

"Constantino ordenou também que se devolvessem aos cristãos, quer por parte do fisco, quer pelos particulares, todos os seus locais de reunião e também os bens confiscados à Igreja ou aos simples cristãos, sem eximir da restituição os particulares que os tivessem adquirido por doação ou compra, os quais, para serem indenizados, deviam recorrer à generosidade do Imperador.

15 Calcula-se que a população do Império, ao tempo de Diocleciano, continha na zona ocidental uma décima quinta parte de cristãos e apenas uma décima parte na zona oriental, estando o maior número em Tessalônica (Macedônia) e Negroponto (Eubéia, ilha do Arquipélago).

"Este decreto, que foi seguido de muitas mercês a favor da igreja cristã, não elevou o cristianismo à religião do Estado, como muitos erradamente têm afirmado.

"Pelo contrário, resulta do preâmbulo deste decreto que Constantino pôs de lado a idéia de uma religião do estado, concedendo direitos iguais a todas as religiões.

"Esta liberdade completa deixou livre o campo ao cristianismo para se sobrepor às outras religiões.

"Foi este um passo ousadíssimo e um dos dois atos que deram a Constantino uma fama imortal de homem de Estado de grandíssimo talento.

"Com a sua inteligência e o seu poder de observação assombrosa e a sua permanência prolongada na corte de Diocleciano, antes e depois da perseguição dos cristãos, tinha tido tempo suficiente e informações necessárias para formar um juízo exato da política religiosa que convinha adotar como a mais acertada e de mais alta importância a respeito do cristianismo e dos cultos antigos.

"Compreendeu claramente que a velha religião romana, à qual pertencia a maioria do Império, tinha cessado, por ser irracional e sem fundamento, de servir de base ao Estado, e que, além disso, apesar de todos os seus recursos, até os mais brutais, não tinha conseguido vencer o cristianismo.

"A velhice da religião tradicional era tão evidente como manifesta era a sua incapacidade em destruir a religião cristã.

"Constantino reconheceu também – e isto eleva-o intelectualmente acima do grande número de pagãos tolerantes e benévolos do seu tempo – que o futuro pertencia ao poder invencível dos cristãos, que desde muito tempo tinham deixado de constituir uma simples comunidade piedosa.

"Tão arrojado como penetrante e sagaz, resolveu não esperar com uma tolerância forçada que o cristianismo, chegando a sentir estreitos os limites do Estado em que se movia, os rompesse como uma película opressora e se levantasse como senhor absoluto sobre as suas ruínas.

"Foi por isso que se pôs à frente do novo movimento irresistível, com uma decisão verdadeiramente grande e heróica.

"Aliando-se com a Igreja, podia esperar que, usando da prudência ao mesmo tempo que da energia, fá-la-ia servir de instrumento de consolidação e reviviscência do Império, que caminhava tão claramente para o seu desmembramento, visto que a Igreja cristã era, depois do exército, o poder intelectual mais vivo, mais compacto e unido, melhor organizado e mais vigoroso que existia naquela época.

"Foram estas as idéias que influíram em Constantino para promulgar o Edito de Milão e que inspiraram depois a sua política".

O ilustre historiógrafo, cujas palavras acabamos de transcrever, deixou de parte duas razões, de subido valor, para justificar o Edito de Milão, encarando-o somente na sua feição política: a sublimidade da doutrina cristã e os desígnios da Providência na direção da sociedade humana.

O paganismo e todas as outras organizações religiosas através dos três séculos que vinham de Tibério até as perseguições de Diocleciano, se tinham revelado impotentes para resolver a questão fundamental da sociedade romana.

Na sucessão dos 45 imperadores, sós ou associados, durante esse período, a religião pagã não tinha podido abrandar o coração humano e o progresso material de Roma contrastava, com a evidência da verdade, os desregramentos dos costumes privados.

Se é certo que o Direito, durante esse tempo, havia atingido ao fastígio da perfeição, não foi certamente por causa do paganismo, cuja multiplicidade de deuses desorientava o pensamento jurídico.

Pouco importa que imperadores e juristas eminentes fossem adeptos dessa religião, pois, estudando as instituições jurídicas desse tempo, não vemos vestígio dela na obra fecunda da organização dos seus monumentos.

O que vemos é que, mesmo antes de Tibério, Cícero, o gênio que serviu de intermediário na transplantação das idéias filosóficas da Grécia para Roma, ainda republicana, foi quem rigorosamente iniciou um certo movimento filosófico em torno do Direito, logo seguido por Labeo e pelos adeptos da *escola proculiana.*

Essa filosofia era principalmente bebida na orientação de Zênon, que havia fundado, três séculos antes de Cristo, uma escola, a escola estóica, combinação das idéias de Heráclito, Platão e Aristóteles.

Em moral, ensinava o filósofo, a regra deve ser seguir a natureza, isto é, obedecer a razão e submeter-se às leis cósmicas espontaneamente, porque isto gera a virtude e esta encerra o bem supremo.

Não há meio termo entre a virtude e o vício, ambos ou são absolutos ou não existem: a pobreza, a dor, as humilhações nada valem para o verdadeiro sábio: *sustine* et *abstine* é a lei e praticá-la consiste em sofrer a dor e fugir do prazer.

E, como entre o homem *animal* e o homem *razão*, aquele, muitas vezes, rebela-se contra este, expondo-se às paixões, é preciso fortalecer o espírito para alcançar a *apatia*, que é a impassibilidade absoluta.

Cícero e, depois dele, Sêneca, Epicteto e Marco Aurélio eram estóicos, embora modificando muitas das suas concepções, mesclando-as com as idéias de Deus, da Providência divina, da espiritualidade da alma e da liberdade humana.

Se do primeiro se não pode dizer que pensava com assento em leis cristãs, porque faleceu antes da doutrina de Cristo, os três últimos tinham no coração, pelo menos, os germens da influência benéfica do cristianismo.

E esta influência se nota também em muitos atos de outros imperadores.

Adriano pretendeu levantar alguns templos a Jesus Cristo; opuseram-se a isto os seus conselheiros, com razões de Estado; mas, nem por isso, deixou de proclamar publicamente mandar gravar, nos edifícios que construía, a máxima cristã – *não faças a outrem o que não queres que te façam* –, mandando reservar nos templos lugares em que, mais tarde, pudessem ser colocadas imagens do novo culto, cujo triunfo ele antevia com penetrante visão.

Septímio Severo era um tolerante ou, mesmo, amigo dos cristãos. Se não fora assim, não teria confiado a educação de seu filho Caracala ao cristão Próculo, expondo-se às iras dos pagãos, que nisso veriam uma séria ameaça à religião do Estado com a ascensão desse príncipe ao trono imperial.

Alexandre Severo tudo fez para levar a efeito a idéia de Adriano relativamente à edificação de um templo onde Cristo imperasse.

Estas simpatias pelos cristãos e pelas idéias que eles propagavam foram naturalmente penetrando nos costumes e dos costumes às leis não

havia um salto de gigante, mas, uma simples conseqüência observada constantemente na evolução do Direito, principalmente do Direito Romano.

"O direito", diz Jean Cruet[16], "tem, por assim dizer, dupla vida: uma *popular*, outra *técnica*; como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia; as regras do direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos."

E foi assim que, antes dos imperadores cristãos, algumas idéias cristãs conseguiram influir na formação do Direito oficial ou técnico; umas penetrando nos costumes e estes transformando-se em leis; outras, parecendo incorporadas ao estoicismo, chegaram ao trono e dominaram o pensamento *jurídico* dos legisladores.

Eis porque, estudando-se comparativamente a formação do Direito, sob o ponto de vista religioso, e a evolução das idéias religiosas dos imperadores, descobre-se nitidamente uma fase *pagã*, outra *estóica* e outra *cristã*.

Na primeira, o formalismo sacramental imperava na discussão e julgamento das questões jurídicas: os deuses eram chamados para inspirar as decisões e como o princípio do que hoje chamamos *direito substantivo* nascia do *processo*, qualquer modificação do ritual consagrado para a luta judiciária importava não só na perda da ação, como também na perda da oportunidade de fixar aquele princípio para resolver casos de igual conteúdo jurídico.

Cícero mesmo, que, na frase de Clóvis Beviláqua[17] "*soube transpor as fronteiras da banalidade*", revoltou-se contra esse formalismo que amparava as vias da Chicana contra as necessidades da justiça[18].

As novas idéias, hauridas na filosofia grega, concorreram poderosamente para formação do Direito, abrandando os princípios, que iam perdendo a feição áspera dos tempos em que dominava exclusivamente o paganismo, e assumindo o caráter de universalidade com a concepção de um Direito Natural.

As idéias cristãs chegaram a Roma exatamente quando se operava a fusão do Direito com a Filosofia, mas, em vez de impedir esta fusão, aju-

---

16 *A Vida do Direito* – L. II, pr.

17 *Juristas – Filósofos* – pág. 30.

18 *De Legibus* – I, cap. VI.

dou-a para abrandar mais ainda as suas regras, invocando para este fim, não a natureza *física* e sim a natureza *humana*. Foi devido a essa participação das idéias cristãs na evolução do Direito, participação verificada indiretamente por efeito da reação sobre os costumes e, depois, por uma espécie de espiritualização dos grandes dogmas da doutrina, que os imperadores nas suas constituições e os pretores nos seus *editos*, deixavam a natureza abstrata do *homem*, para atender, preferentemente, a natureza concreta da *sociedade*.

O Direito, sob o império dessas idéias, perdia, passo a passo, o ponto de vista exclusivamente *nacional*, para ganhar o ponto de vista social, meio caminho andado para atingir a fraternidade humana, escopo fundamental da sublime doutrina do meigo Nazareno.

Destas proposições, que mais tarde serão comprovadas com a lei das mãos, resulta que, se antes do *Edito de Milão* a influência do Cristianismo se não fez sentir diretamente e com toda a força de sua extraordinária penetração, foi porque precisava, antes de tudo, preparar o meio para o seu completo triunfo.

Esta situação teria de chegar, mais cedo ou mais tarde, porque a providência velava pelos destinos da civilização cristã.

Não estava nos seus desígnios aperfeiçoar o Direito, deixando a sociedade naquele estado de desorganização em que se debatia, naquela ânsia de um mundo melhor, reabilitado pela prática de princípios que apuravam os sentimentos do coração no crisol da fraternidade perfeita.

É de uma verdade histórica incontestável o que se contém nesta frase feliz de Jean Cruet tantas vezes por nós repetida – "Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade.[19]

A carnificina do tempo de Diocleciano foi o batismo de sangue da sociedade romana e com o Edito de Milão ela sentiu-se desoprimida e apta para atingir ao alvo da cristianização do Direito.

As tentativas de Juliano, o apóstata, nos dois anos do seu governo (361 a 363), para destruir a religião cristã e a ordem de cousas criadas por Constantino II, Constâncio, Constans e Magnêncio, foram ineficazes, mas, deixaram na história indelevelmente impressa a fisionomia de um traidor pela alcunha de apóstata que lhe deram os seus contemporâneos.

---

19 Cit. *A Vida do Direito* – É o motivo da obra.

Para demonstrar a exatidão da tese que sustenta a influência do Cristianismo sobre as principais instituições jurídicas desde Constantino até Justiniano, é preciso passar em revista os melhores trabalhos que sobre o assunto têm sido sistematicamente produzidos e, ao mesmo tempo, apreciar as opiniões divergentes merecedoras de atenção pelo cunho de autoridade na matéria dos que as manifestam.

Pode dizer-se que iniciou os estudos sistemáticos do assunto o notável historiador Ozanam[20], vindo em seguida, quase ao mesmo tempo, Troplong[21].

O trabalho de Troplong chamou particularmente a atenção dos juristas, entre os quais Guido Padelletti saiu-lhe ao encontro contestando o fundo da tese, aparecendo, depois, a reação contra os opositores de Troplong, iniciada por Contardo Ferrini, o angélico professor de Direito Romano na Universidade de Pávia, falecido em 1902[22], e mais tarde Evaristo Carusi[23], Salvatore Riccobono[24], Charles Boucaud[25] e outros.

Ao lado destes ilustres mestres, todos os romanistas deste século têm estudado a questão, embora sumariamente; uns, para afirmar

---

20 O trabalho de Ozanam – *La civilisation au Ve. siècle* – é, como se vê por seu título, restrita ao tempo que medeia entre os governos de Arcádio (oriente) e Honório (ocidente), até o advento de Anastácio, após a queda do Império do Ocidente.

21 O trabalho de Troplong, publicado em 1843, tem por título – *L'influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romains.*

22 Não estranhe o leitor a expressão angélico dada ao autor da *Storia delle fonti del Diritto Romano*. Contardo Ferrini, como Agostinho de Hippona, não foi somente sábio, mas, também santo. Como sábio, na nossa ciência, há uma frase profética de Teodoro Mommsen, que diz – "o século XX, para os estudos jurídicos, será o século de Ferrini"; como santo, Pio X, por pedido de Olivi, professor da Universidade de Modena, ordenou se abrisse em Milão o processo de beatificação e, mais cedo ou mais tarde, teremos de admirá-lo na cadeira de Direito Romano e igualmente no altar do culto católico. (Veja-se o – *Boletim de informações religiosas e sociais* –, de 12 de julho de 1911, citado por Charles Boucaud – *La Première Ebauche d'un Droit Chretien dans le Droit Romain* – pág. 61).

23 Professor da Academia Histórico-Jurídica de Roma. A sua obra fundamental é o *Diritto Romano e Patristica* – publicada em 1905.

24 Professor da Universidade de Palermo. Publicou em 1911 o seu livro – *Cristianismo e Diritto Privado.*

25 Professor da Faculdade Católica de Lyon. Sua obra, sob o título acima (22, *in fine*), data de 1913.

a verdade da tese, e estes constituem a maioria, outros, para negar-lhe a exatidão.

E não têm sido só os romanistas, propriamente ditos, que se vêm interessando pelo assunto; os juristas, em geral, os economistas, os médicos, os matemáticos e todo o inumerável cortejo dos homens de ciência vêm experimentando a força prodigiosa da influência das idéias cristãs na evolução do pensamento científico universal.

No que diz respeito ao Direito Romano, especialmente depois do Edito de Milão, esta influência não carece de hipóteses ou conjeturas para ser demonstrada, prova-se com os fatos e com as leis.

Antes de tudo, convém acentuar uma verdade de empolgante evidência histórica: o Cristianismo nunca pretendeu abolir o Direito existente e se conseguiu harmonizá-lo com as novas idéias, corrigi-lo, melhorá-lo, não foi porque pretendesse dar combate ao seu império, mas, porque tornou a sociedade, que ele devia reger, forte demais para suportá-lo no que contrariava ao espírito cristão.

A *escravidão*, a *família*, a *propriedade*, a *condição das mulheres*, as *prisões*, as *sucessões hereditárias*, o *pauperismo*, enfim, todas as instituições jurídicas e todos os males sociais que interessavam ao espírito cristão, tinham de cristianizar-se, uns, de desaparecer, outros.

A *escravidão*. A fraternidade humana é uma das leis fundamentais da religião cristã. Corolário da paternidade divina, estabelece relações de deveres recíprocos, que excluem logicamente a *escravidão*.

Eis aí uma lei cristã que tinha de ser cumprida, apesar de todas as resistências que pudessem embaraçar sua aplicação.

Mas, como fazê-lo, se a escravidão era uma instituição consagrada e garantida pelo Direito e com profundas raízes na sociedade e na vida econômica do país, substancialmente ligada ao regime da propriedade privada?

Um olhar para a época anterior à penetração do Cristianismo em Roma, descobre a nefanda instituição com toda a sua crueldade.

Um senador romano, cônsul, general, vencedor de Filipe II da Macedônia e libertador da Grécia – *Tito Flamínio* –, querendo ser agradável a um amigo, que nunca tinha visto matar um homem, escolhe um dos seus escravos para vítima e manda sacrificá-lo[26].

---

26 Plutarco – *Vidas dos Varões Ilustres – Flaminius*; Troplong – *Influência do Cristianismo* – Parte II; Cap. II.

Asínio Polion, historiador, orador, poeta, protetor das belas-letras, amigo de Virgílio, de Horácio e de Augusto, alimentava as focas e morsas dos seus viveiros com a carne de seus escravos[27].

Iguais a estes, muitos outros fatos podem ser lembrados como reveladores da máxima crueldade do homem contra o homem, não obstante os progressos intelectuais e a notável cultura jurídica, a que já atingira o povo romano, a esse tempo.

Entretanto, depois que São Pedro começou suas prédicas nas gloriosas catacumbas, onde se reuniam os fiéis e a idéia da fraternidade humana irrompia das lágrimas e dos sofrimentos daquele pugilo de homens e mulheres que entregavam o seu destino à Providência divina, o coração dos próprios déspotas tinham, às vezes, os lampejos da caridade.

Nero, cuja crueldade corria parelhas com a devassidão, lembrou-se um dia de encarregar a um magistrado de ouvir as queixas dos escravos contra as crueldades dos senhores, e nas saturnais do seu palácio, ele que era o tirano dos cidadãos, de coração alegre pelo vinho e pela música, trai a própria ferocidade e se faz protetor dos escravos[28].

Quem sabe se não era o olhar de Petrônio, já tocado da caridade cristã pelo convívio com Marco Vinício, que o compelia a assim proceder?

Foi o *árbitro das elegâncias* quem fê-lo dizer – *amici et servi homines sunt et aeque unum lactem biberunt.*

São Paulo, que se *não envergonhava do Evangelho, porque era a virtude de Deus*[29], secundando a pregação de São Pedro, escreveu várias epístolas aos povos relacionados com o grande centro – aos romanos, aos coríntios 2, aos gálatas, aos efésios, aos filipenses, aos colossenses, aos tessalonicenses 2 e aos hebreus.

São páginas deliciosas, de um sabor de bondade desconhecida.

Em qualquer destes monumentos de sabedoria, a idéia de fraternidade é a predominante.

Na *epístola aos romanos* há leis como estas: *a caridade seja sem fingimento, amai-vos reciprocamente com amor fraternal, exercei a hospitalidade, abençoai aos que vos perseguem: o amor é o cumprimento da lei*[30].

---

27 Sêneca – *De Ira* – L. III, Cap. 40; Troplong – loc. cit.

28 Cit. Troplong – loc. cit.

29 *Epístola aos Romanos* – Prólogo – 16.

30 Cap. XII, ns. 9 e seguintes.

Na *epístola aos efésios,* dirige-se aos escravos, recomendando obediência e submissão, e, aos senhores, diz textualmente: "*E vós, senhores, fazei isso mesmo para com eles, evitando as ameaças, sabendo que o mesmo senhor, tanto deles, como vosso, está no céu e que não há diferenças de pessoas diante dele*"[31].

Na *epístola aos colossenses,* usando da mesma linguagem para uns e outros, exorta os senhores com estas palavras: "*Senhores, fazei com vossos escravos o que é de justiça e eqüidade, sabendo que também vós tendes um Senhor no Céu*" [32].

Além destas epístolas a povos circunvizinhos, dirigiu outras a *Timóteo* 2, a Tito e a Filemon.

Na primeira a Timóteo, aconselha: "*E os que têm senhores fiéis não os desprezem porque são irmãos, antes os sirvam melhor*"[33]; o mesmo na dirigida a Tito[34] e a enviada a Filemon, por mãos de *Onésimo,* o escravo que fugira ao jugo do senhor, é a carta de liberdade para o mundo cristão[35].

---

31 Cap. VI, nº 5 a 9.

32 Cap. III, nº 22 e IV.

33 Cap. VI, nº 1 a 3.

34 Cap. IV, nº 5.

35 O leitor, mesmo livre-pensador ou indiferente à caridade cristã, que medite sobre a linguagem estranha dessa carta. O Apóstolo escreveu da prisão em Roma e, depois das saudações, disse assim: – "Por isso, ainda que eu tenha completa confiança em Jesus Cristo para te mandar o que te convém, prefiro, todavia, pedir-te por caridade, porque tu és tal como Paulo, velho e agora até preso de Jesus Cristo; rogo-te, pois, por meu filho Onésimo, que tenho gerado (à luz da fé) nas minhas prisões, o qual noutro tempo te foi inútil, mas agora é útil para mim e para ti. Eu to tornei a enviar. Tu, porém, recebe-o como as minhas entranhas (como se fosse meu filho). Eu o quisera reter comigo, para que me servisse por ti nas prisões do Evangelho (nas quais estou) sem o teu consentimento, porém, nada quis fazer para que o teu benefício não fosse como forçado, mas, voluntário. Talvez ele se apartasse de ti por algum tempo, para que o recobrasses para sempre, já não como servo, mas, em vez de servo, um irmão muito amado principalmente de mim, e quanto mais de ti, assim na carne como no Senhor. Portanto, se me tens por companheiro recebe-o assim como a mim e se te fez algum dano, ou te deve alguma cousa, carrega-o sobre mim. Fui eu, Paulo, o que escrevi de mão própria; deves a mim, sim, irmão, eu gozarei de ti no Senhor. Reanima as minhas entranhas no Senhor. Confiado na tua obediência, te escrevi, sabendo que farás ainda mais do que te digo."

Contemporâneo do iluminado do caminho de Damasco era Sêneca, que, embora estóico, revela-se em todas as suas obras um influenciado pelas leis da caridade cristã e pinta, com vivíssimo colorido, o que ocorria no seu tempo, pedindo clemência para os escravos e argumentando com a dupla entidade no homem (corpo e espírito), para concluir que a alma é livre – *corpora obnoxia sunt et adscripta dominis: mens quidem sunt juris.*

Estas idéias tinham necessariamente de restringir os direitos absolutos do senhor e se não o fizeram, desde logo, prepararam o caminho para o futuro, que se avizinhava como a quadra do advento do amor e da caridade.

As perseguições, os sofrimentos, as crueldades não impediam o aperfeiçoamento dos dotes do coração; ao contrário, eram o estímulo para os fracos e o incentivo para a energia dos perseverantes.

A lei mostrava-se ainda alheia ao que se passava, mas, tudo mudava em torno dela.

Galba, Oton, Vespasiano, Tito, Domiciano e *Nerva* acompanharam os acontecimentos, ora perseguindo, ora tolerando o espírito de reação que a sociedade, sob o império das novas idéias, ia manifestando contra a maldade dos senhores.

Trajano, que procurou manter a autoridade da religião do Estado, temperava os atos do seu governo com uma certa eqüidade, proscrevendo as delações anônimas e para prova de que se cometia o *crime de ser cristão* exigia o testemunho positivo de um acusador, que falasse abertamente e que se mostrasse em público[36].

Adriano e *Antonino Pio* operaram sérias modificações nos direitos dos senhores: o direito de vida e morte, embora reconhecido, recebeu uma notável restrição.

Já não cabia aos particulares o poder de tirar a vida ao escravo: criou-se um magistrado para impor a morte como pena, mediante *acusação legítima, apreciação da causa e decisão regular.*

O senhor cruel se expunha muitas vezes, pelas queixas do escravo ao magistrado, a receber, como castigo de sua crueldade, a ordem de

36 Gibbon – cit. *Dec. e Queda do Imp. Romano,* vol. I, cap. XVI.

vender, mesmo a contragosto, a sua vítima a outro mais humano e, se a ordem não era obedecida, o magistrado, colocado na situação de manter o domínio ou proclamar à liberdade, esquecia aquele direito para reconhecer esta[37].

Na Lei Cornélia de *sicariis et veneficis*, do ano 81 (imperador Domiciano), a condição do escravo assassino já aparecia com modificações, para o efeito da agravação das penas, e Modestino, comentando-a, sustenta que se o escravo é vendido para lutar com feras, sem permissão do magistrado, a pena da lei deve ser aplicada não só ao senhor, que o vendeu, como também ao que o comprou[38].

Gaio, referindo-se a uma constituição do imperador Antonino, afirma também que, não obstante o domínio sobre o escravo, não é lícito a qualquer cidadão romano, nem a quem quer que esteja sob o império do povo romano, seviciar, sem causa, seus escravos, bem como que se ao próprio senhor não é permitido matar, sem causa, o seu escravo, com maioria de razão isto não deve ser concedido a outrem[39].

É dos imperadores Septímio Severo e Caracala a constituição que estabelece que a liberdade concedida em testamento é válida desde o dia da aceitação da herança, e ainda que o herdeiro renuncie a sucessão pela restituição por inteiro, não prejudica isto às liberdades concedidas em testamento[40].

Como estas, outras constituições se seguiram, alterando o Direito anterior e aperfeiçoando cada vez mais as regras dominantes na matéria, de sorte que o jurisconsulto Florentino chegou a definir a es-

---

37 Gibbon – *op. cit.* – cap. II.

38 *Digesto* – L. 48, T. 8º, fr. 11, § 1º – *Servo sine judice ad bestias dato non solum qui vendidit paena, verum et qui comparavit tenebitur.* – Marciano diz também: – *Et qui hominem occiderit, punitur non habita differentia cujus conditionis hominem interemit* – (*Dig.* – loc. cit. – fr. 1º § 2º).

39 *Inst. Com.* I § 53 – *Sed hoc tempore neque civibus romanis, nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos soevire. Nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur, quam qui alienum servum occiderit.*

40 *Cód.* – L. VII, T. II, const. 3ª – *Libertas testamento data, adita hereditate contingit, et licet heres scriptus per in integrum restitutionen abstinuerit hereditare, nihil ea res libertati obest.*

cravidão uma instituição do Direito das Gentes, porém, contrária à natureza[41].

Até o advento do governo de Alexandre Severo, que encerrou a época clássica e em que o Direito Romano atingiu a culminância da perfeição, principalmente devido aos jurisconsultos que foram contemplados na chamada Lei das Citações, as idéias cristãs, associadas às estóicas, exerceram certa influência para melhorar a condição dos escravos; mas, a escravidão continuava a existir francamente amparada pelo Direito e embora os costumes fossem tornando-a incompatível com os sentimentos que aquelas idéias imprimiam à massa geral da população, a multiplicação dos casos de liberdade, o abrandamento das crueldades contra os escravos e as vantagens que eles iam obtendo na lei eram freqüentemente perturbadas pelas vitórias das armas, pois, no cortejo dos vencedores vinha sempre grande quantidade de prisioneiros, cuja sorte desgraçada só apiedava aos que, dominados pela caridade cristã, arrostavam as iras dos triunfadores e o orgulho indomável dos adeptos do paganismo.

Entretanto, a semente estava lançada.

"Se ainda não estavam formulados no Direito os princípios da fraternidade humana, – diz um brilhante historiador[42] –, o espírito cristão pairava sobre os povos.

A idéia invade as inteligências mais rudes e quando a supõem distante, é quando está mais próxima de reinar. A exploração do homem pelo homem irá perdendo terreno. A lei, os costumes tradicionais, o interesse dos senhores, ainda eram baluartes da escravatura, mas o escravo começava a pressentir um destino diferente. No meio das algemas ele adivinhava que era livre. Tinha a razão por si e ter por si a razão é principiar a vencer a causa.

Cada novo século lhe fazia reconhecer mais a sua valia. Religião, razão, progresso, davam as mãos para enfraquecerem o paganismo, e quando a idéia cristã disse à fraternidade humana – "ergue-te", – disse-o "ao trabalho, às indústrias, à vida social nos seus ramos variados, e o escravo, levantando-se, levantou o mundo consigo".

---

41 *Dig.* – L. I, T. V., fr. 4º - *Servitus est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

42 D. Antônio da Costa – *Três Mundos* – págs. 241 e 242.

Com o governo de Constantino, a situação modificou-se.

Roma, no dia 5 dos idos de maio de 312, foi testemunha de um golpe profundo nos direitos tradicionais dos senhores.

Já não eram os jurisconsultos, já não eram os cristãos, que pediam clemência; era o próprio imperador, que punha-se de frente contra a crueldade dos senhores.

É desse dia a constituição que, apesar de reconhecer implicitamente o direito de vida e morte outorgado ao senhor, opõe-lhe o espírito de moderação nos castigos e considera crime o ato voluntário que causar a morte do escravo, como costumavam fazer os bárbaros *desnaturados*[43].

Não é possível recusar a esta lei o caráter de uma conquista dos princípios de fraternidade cristã, que já haviam tocado o coração do imperador, não obstante não ter ainda promulgado o *Edito de Milão*, nem repudiado o paganismo, e, se dúvida pudesse haver quanto a isto, atos, logo após praticados e em situação *sui generis*, se encarregariam de retirá-la.

Com efeito, vencido Maxêncio, em outubro desse ano, regressou Constantino a Roma e quando todos os habitantes da cidade esperavam que o sabor da vitória infundisse as costumadas crueldades dos vencedores no espírito do imperador, este se limitou às medidas de rigor indispensáveis a sua segurança pessoal, tratando, desde logo, de reabilitar as vítimas de Maxêncio, restituindo-lhes a liberdade, as honras de que tinham sido privados e os bens confiscados.

Embaraçada a concessão da liberdade pelas exigências legais relativamente às formalidades do ato, baixou o imperador duas constituições

43 *Cód.* – L. IX, T. XIV, const. única. – *Si virgis aut loris dominus servum afflixerit, aut custodiae causa in vincula conjecerit: dierum distinctione sive interpretatione depulsa, nullun criminis metum servo mortuo sustineat. Nec vero immoderate suo jure utatur; sed tunc reus homiciddi sit si volutate eum ictu fustis aut lapidis coeciderit: vel certe telo usus, lethale vulnus inflixerit, aut suspendi laqueo proeceperit, vel jussione tetra proecipitandum esse mandaverit, aut veneni virus infunderit, vel dilaniaverit poenis publicis corpus ferarum unguibus latera persecando, vel exurendo oblatis ignibus membra, aut tabescentes artus atro sanguine permixta sanie defluentes, prope in ipsis adegerit cruciatibus vitam relinquere soevitia immanium Barbarorum.*

que facilitaram sobremodo essas exigências, uma no ano de 316, outra no de 322.

A primeira concedia a faculdade de libertar por qualquer modo de manifestação indubitável da vontade[44]; a segunda foi além, dispensou a prova testemunhal do ato e mandou que a liberdade se considerasse concedida desde o momento da manifestação da vontade, ainda quando não tivesse sido testemunhada, nem interpretada[45].

Daqui por diante, os atos legislativos favoráveis à liberdade e restritivos dos direitos dos senhores, oriundos dos imperadores cristãos, que se substituíram desde Joviano, sucessor de Juliano, o apóstata, até Zênon, no Oriente, e Rômulo Augusto, no Ocidente, em um período de 113 anos, foram se repetindo com morosidade, é certo, porém, sem jamais retrogradarem, salientando-se durante este tempo os governos de Teodósio I, Valentiniano II e Teodósio II, verdadeiros sustentáculos das idéias cristãs.

Com a queda definitiva do Império do Ocidente, pela invasão de Odoacro, três imperadores governaram no Oriente – Anastácio, Justino e Justiniano.

Abra-se o *Digesto*, veja-se o Livro 40, T. T. I a IX, onde estão compendiados fragmentos dos mais ilustres jurisconsultos clássicos, como Papiniano, Ulpiano e Paulo, dos quais se pode dizer que elevaram o Direito Romano à máxima perfeição da forma e do fundo; comparem-se

---

44 *Cód.* – L. I, T. XIII, const. 1ª – *Jam dudum plain ecclesiae gremio servulis suis meritam concesserint libertate possint, si sub adspectu plebis adsistentibus Christianorum antistitibus id faciant, ut propter facti memoriam vice acforum interponatur qualiscumque scriptura, in qua ipsis vice testium signent: unde a vobis quoque ipsis non immerito dandoe et relinquendae sunt libertates, quo quis vestrum pacto voluerit, dummodo vestroe voluntatis evidens appareat testimonium.*

45 *Cód.* – loc. cit. – const. 2ª - *Qui religiosa mente ine ecclesiae gremio servulis suis meritam concesserint libertatem eandem eodem jure donasse videantur, quo civitas Romana solemnitatibus decursis dari consuevit. Sed hoc duntaxat his, qui sub aspectu antistitum dederint, placuit relaxari. Clericis autem amplius concedimus, ut cum suis famulis tribuunt libertatem, non solum in conspectu ecclesiae ac religiosi populi plenum fructum libertatis concessisse dicantur, verumetiam cum postremo judicio dederint libertates, seu quibuslibet verbis dari proeceperint: ita ut ex die publicatoe voluntatis sine aliquo juris teste, vel interprete competat diecta libertas.*

as opiniões que emitiram sobre manumissão[46] com os atos legislativos de Justiniano e diga-se se é possível sobrepor tais opiniões aos atos do glorioso codificador[47].

A Lei Aelia Sentia, do tempo de Augusto, quarto ano da era cristã, estabelecia restrições à faculdade de libertar, já atendendo a direitos de credores, já a idade do senhor.

Os jurisconsultos da época clássica, não obstante o estoicismo de uns e o neoplatonismo de outros, justificavam estas restrições. Justiniano, porém, modificou umas e aboliu outras[48].

A Lei Fúsia Canínia, também do tempo de Augusto, oitavo ano da era cristã, limitava o número de escravos que podiam ser libertados por testamento.

Esta lei conservou-se em vigor durante mais de cinco séculos.

Justiniano revogou-a, dando como razão de seu ato "ser desumano que os vivos tenham a faculdade de libertar todos os de sua família e recusar esse direito aos moribundos"[49].

---

46 Estes nove títulos têm por epígrafes: I – *De manumissiones, – II – De manumissis vindictas, – III – De manumissionibus quae servis ad universitatem pertinentibus imponuntur, – IV – De manumissis testamentos, – V – De fideicomissariis libertatibus, – VI – De ademptione libertatis, – VII – De statuliberis, – VIII – De qui sine manumissione ad libertatem perveniunt* – e, finalmente, *IX – Qui, et a quibus manumissi liberi non fiunt, et ad legem Aeliam Sentiam.*

47 Para demonstrar este asserto veja-se – *Cód.* L. VI, T. I, const. 3ª – T. II, const. 20, 21 e 22, – T. IV, const. 3ª e T. VIII, const. 2ª – *A última destas constituições diz textualmente assim: – Aureorum usus anulorum beneficio principali tributus libertinitatis quo ad vivunt imaginem non statum ingenuitatis proestat, natalibus autem antiquis restituti liberti ingenui nostro beneficio constituuntur.*

48 *Institutas* – L. I, T. VI – Veja-se também a Novela 119, cujo Cap. 2º diz assim: – *Sancimus ut licentia sit minoribus, in ipso tempore in quo licet eis testari de alia substantia, etiam servos suos in ultimis voluntatibus manumittere.*

49 Cit. *Inst.* – L. I, T. VII – *Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertates impedientem et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus; cum satis fuerat inhumanum, vivus quidem licentiam habere totam suam familiam* (família – no sentido de escravos) *libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.* – No *Cód.* L. VII, T. III, const. única – está também escrito: *Servorum libertates in testamento relictas tam directas quam fideicommissarias ad exemplum inter vivos libertatum indistincte valere censimus, lege Fusia Caninia de cetero cessante nec impediente testantium pro suis servis elementes dispositiones effectui mancipari.*

Estas reformas demonstram que a organização da propriedade privada e o próprio interesse econômico do Estado, na manutenção do trabalho servil, não eram mais respeitáveis do que os deveres de fraternidade humana, formulados na doutrina cristã como regras fundamentais da vida na sociedade civil.

A personalidade do escravo e a sua reabilitação jurídica, desprezadas no Direito clássico, preocupam o legislador cristão e impõem normas expressas que entram no corpo da legislação e são recebidas como princípios lógicos, não obstante a revolução que causam no organismo jurídico tradicional e multissecular.

Gaius[50], que teve o merecimento de ser contemplado na *Lei das Citações*, definindo *as cousas corporais*, exemplifica como sendo desta natureza – *fundus, "homo", vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.*

Ulpianus[51], fazendo a distinção entre *res mancipi e nec mancipi*, diz que são da primeira categoria – "'*Servi et quadrupedes' quae dorso collove domantur, veluti bovis, muli, equi, asini.*"

Eis, aqui, o escravo como cousa da mesma ordem dos *quadrúpedes domados*, como *bois, mulas, cavalos* e *asnos*.

Esta linguagem, porém, já não é a mesma do tempo de Justiniano.

Veja-se nas *Institutas* o Livro II, T. I – *de divisione rerum et qualitate* –, onde só acidentalmente se faz referência aos escravos como objetos de propriedade *por direito das gentes*.

No § 17 afirma o imperador[52] que: também torna-se nosso, por direito das gentes, tudo quanto tomamos ao inimigo e de tal modo que os mesmos homens livres são reduzidos ao nosso domínio.

Mas, acrescenta, – se estes fugirem do nosso poder e voltarem para os seus, recuperam o antigo estado.

---

50 Cit. *Inst. – Comm.* II, § 13.

51 *Fragm. Regularum* – T. XIX, I.

52 *Item ea quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur. Qui tamen, si evaserit nostram potestatem et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.*

E no § 37, tratando do usufruto instituído sobre animais, sustenta que no fruto do gado também se inclui a cria, como o leite, o cabelo e a lã, assim como os cordeiros, os cabritos, os bezerros, os potrinhos e os leitões pertencem, logo que nascem, ao usufrutuário pelo direito natural.

Entretanto, continua, – "o parto, porém, da escrava não é fruto e pertence ao nu proprietário, pois, parecia absurdo que se considerasse fruto o homem, por amor do qual a natureza das cousas preparou todos os frutos"[53].

É certo que no *Código – de postliminio reversis et redemptis ab hostibus* – Livro VIII, T. LI, encontramos constituições de Severo e Antonino, Diocleciano e Maximiano, imperadores pagãos, firmando direitos para os cativos de guerra; mas, comparadas estas constituições com as de Graciano, Valentiniano II, Teodósio I e Honório, imperadores cristãos, que vêm logo após aquelas, a diferença é chocante, pois, ao passo que umas criavam restrições ao postlimínio, as outras ampliavam-lhe os efeitos e usavam uma linguagem de piedade não empregada pelos seus antecessores.

Graciano, por exemplo considera desgraçados os que caíram em cativeiro e, para restituir-lhes todos os direitos, manda apenas que se indague se ficaram com o inimigo voluntariamente ou por força[54].

Honório e Teodósio foram mais longe, proibiram a retenção dos que volviam à pátria, recusando, aos que lhes proporcionaram alimentos e vestes, direito ao pagamento do seu importe, salvo o preço do resgate, que poderia ser pago com serviço durante o prazo máximo de cinco anos, punindo com deportação e trabalhos nas minas o contraventor desta lei, competindo a execução aos cristãos, e estabelecendo a pena

---

53 *In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et hoedi et vituli et equuli statim naturali jure dominii sunt fructuari. Partus vero ancilloe in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit*

54 *Cód.*: – loc. cit. – const. 19. – ..... *Nec timeat quisquam alicujus contradictionis moram*, cum hoc solum requirendum sit, utrum aliquis cum barbaris voluntate fuerit an coactus.

de dez libras de ouro contra as autoridades negligentes no seu cumprimento[55].

Não é preciso dizer mais. A caridade cristã penetrou nas leis de forma decisiva, porque, como elegantemente diz Riccobono[56] "o Direito não pode separar-se da vida e das grandes forças sociais de uma época; não é possível separar as ondas sonoras do ar que as propaga" – e a idéia de fraternidade, sem preocupações de raça, de nacionalidade, de condição social e de outra qualquer diferenciação entre os homens, era uma idéia cristã, que chegou ao pensamento dos legisladores por injunções dos sentimentos que dominavam os corações, educados no santuário da família, onde a luz do Evangelho brilhava perenemente, com a suavidade da graça divina.

A *família* – Na sua preciosa Memória acerca da "*Influência do Cristianismo sobre o Direito Civil dos Romanos*", tantas vezes invocada, o sábio Troplong destina a segunda parte ao estudo da história dos fatos particulares que mais diretamente estiveram sujeitos à sua ação e a família domina, por assim dizer, todo o quadro esboçado, encarando-a através do *matrimônio, das segundas núpcias, dos impedimentos, de parentesco, do*

---

55 *Cód.*: – loc. cit. – const. 20 – Diversarum hominess provinciarum cujuslibet sexus conditionis oetatis, quos barbarica fericitas captiva necessitate tranvexerat, invitos nemo retineat, sed ad propria redire cupientibus libera sit facultas. Quibus si quicquam in usum vestium vel alimoniae impensum est, humanitati sit proestitum nec maneat victualis sumptus repetitio: exceptis his, quos barbaris vendentibus emptos esse docebitur, a quibus status sui pretium propter utilitatem publicam emptoribus aequum est redhiberi. Ne quando enim damni consideratio in tali necessitate positis negari faciat emptionem, decet redemptos aut datum pro se pretium emptoribus restituere aut laboris obsequio vel opere quinquennii vicem referre beneficii habituros incolumem, si in ea nati sunt, libertatem. Reddantur igitur sedibus propriis sub moderatione qua jussimus, quibus jure postliminii etiam veterum responsio incolumia cuncta servanda sunt. Si quis itaque huic praecepto fuerit conatus obsistere actor conductor procuratorque, dari se metallis cum poena deportationes non ambiget: si vero possessiones dominus, rem suam fisco noverit vindicandam seque deportandum. Et ut facilis exsecutio proveniat, Christianos proximorum locorum volumus hujus rei sollicitudinem gerere: curiales quoque proximarum civitatum placuit admoneri, ut emergentibus talibus causis sciant legis nostrae auxilium deferendum: ita ut noverint rectores universi decem libras auri a se et tentundem a suis apparitoribus exigendum, proeceptum neglexerint.

56 *Op. cit.*, pág. 12.

divórcio, da celebração do casamento, do concubinato, do pátrio poder, da condição das mulheres e da sucessão ab intestato.

Como se vê, o quadro está completo; mas, nem por isto deve ser acompanhado no seu inteiro desenvolvimento; bastará uma apreciação geral do conjunto para comprovar a verdade da tese.

A família atravessou em Roma, como em todos os centros de população da Antiguidade, as três fases – natural, religiosa e jurídica, – correspondentes às três formas intrínsecas do casamento[57].

Na primeira fase, alheia a qualquer idéia de organização, a família, se como tal se pode chamar o grupo de pessoas formado em conseqüência de ajuntamento determinado exclusivamente por interesse de comunicação sexual, não se caracteriza por traço algum distintivo dos outros grupos animais.

A História, mesmo, alude ao *rapto das sabinas* como causa inicial da formação dos primeiros núcleos na casa romana.

Lenda ou verdade, nessa primeira fase nada há a buscar em proveito da tese, a não ser para servir de termo de comparação à passagem do estado *natural* ao *religioso*, pois, é a própria lenda da fundação de Roma que atribui a Numa Pompílio a organização da religião e da família, no Estado já organizado pelo seu antecessor.

Na segunda fase, posto que já obedecendo a princípios pré-estabelecidos, a família estava quase inteiramente fora da ação do Direito.

O chefe da casa era o seu legislador e as leis que ditava eram antes oriundas do seu poder sacerdotal, do que, propriamente, da autoridade de pater, que exercia cumulativamente com as funções de *chefe da religião* da família.

Com o correr dos tempos, porém, a vontade suprema do pai de família foi encontrando resistência e oposição nas leis, coincidindo a intromissão do legislador nos negócios domésticos, com a separação do *faz* e do *jus*, mais tarde levada a notáveis proporções, sem, todavia, excluir aquela autoridade e, até, ao contrário, procurando sempre coordenar as

---

57 Vid. – *Núpcias, suas espécies.*

regras da *lex divina* e da *lex humana* em tudo quanto era possível atender aos interesses em jogo.

E pode dizer-se, mesmo, que em Roma, como em todos os povos da Antiguidade e da atualidade, não foi, nem será possível separar inteiramente a religião, seja ela qual for, da legislação que regula os direitos e deveres dos membros da família.

O casamento é uma instituição divina e como causa eficiente da família, da mesma forma que esta o é da sociedade, Jesus Cristo deulhe o caráter de indissolúvel e o Cristianismo elevou-o à categoria de um sacramento.

Desde a definitiva organização da família pagã, o rompimento do vínculo matrimonial era tolerado e, embora não freqüente, deu de si resultados perniciosos, como dão todas as desobediências aos princípios cardeais que regulam as instituições divinas.

A frase de Tertuliano, citada por Troplong, de que "passaram quinhentos anos sem que em uma só família tivesse um divórcio", não pode ser recebida como expressão genuína da verdade, tanto mais quanto é o próprio autor da *Apologética* quem afirma que no seu tempo, "quando alguém se casava, fazia voto, desde logo, de repudiar a mulher", sendo o divórcio "um fruto do matrimônio".

A dissolução da família pelo divórcio e a prostituição das mulheres pelo celibato, levou o grande centro, já despovoado pelas guerras e proscrições, àquela situação que forçou Augusto a promulgar as Leis Júlia e Pápia Popéia, com as quais procurou impedir o desastre de uma nação sem família.

Todos os filósofos, todos os poetas, todos os historiadores do século de Augusto nos mostraram a situação da família romana entre a queda da república e os primeiros tempos do Império[58].

No meio do esplendor da cidade, no auge da grandeza intelectual, em que a literatura, a poesia, as artes, a filosofia, se davam as mãos para

---

58 Veja-se o que dizem Juvenal nas suas *Sátiras*, Ovídio – *Arte de amar* –, Horácio – *Épodos* –, Suetônio – *Doze Césares* –, Aulo Gélio – *Noites áticas* –, Tácito – *Anais* – e tantos outros, e ter-se-á a noção exata do estado da família romana a esse tempo.

impulsionar o carro do progresso, a família se degradava pela corrupção dos costumes privados.

O aborto provocado, o incesto, o divórcio, a incontinência dos casados, a prostituição, as saturnais de dezembro, eram as manifestações mais vivas do contraste entre o estado da inteligência e o estado da moralidade romana.

Todas as tentativas das leis para conjurar a catástrofe iminente de uma sociedade, que apodrecia, foram baldadas; ineficazes todas as reações do paganismo e do próprio estoicismo, que já vinha empolgando os espíritos cultos, para melhorar a situação.

De Augusto a Constantino, nota-se na história da família romana uma cousa singular: a aristocracia, fiel ao paganismo, descia, de degrau em degrau, a escada da moralidade, ao passo que a massa anônima, que praticava ou simpatizava com idéias cristãs, subia de ponto no aperfeiçoamento moral.

Já não eram das *justas núpcias* que vinham os lares felizes.

A fidelidade no amor, a assistência na casa, a virtude nas mulheres, a coesão na família, os cuidados na educação da prole, todos esses deveres que só podem ser cumpridos por injunções de sentimentos afetivos e não pelo império de disposições legais, encontraram no espírito cristão vigorosos elementos de propagação, formando-se, ao lado da família aristocrática pagã, a família popular cristã, cuja organização ia chamando a atenção do legislador e indicando-lhe normas jurídicas a adotar.

Na terceira fase, que a maioria dos romanistas julga ter sido iniciada com as leis de Augusto, mas, que, na realidade, só o foi a partir de Constantino, devido à larga preparação da sociedade durante os três primeiros séculos da era cristã, nota-se, na legislação da família, antes de tudo, a preocupação econômica de regular as relações do direito de propriedade e só acidentalmente, como era o objetivo fundamental dos cristãos, a de regular as relações pessoais, o amor entre os membros da família, a ajuda recíproca nas vicissitudes da sorte, o amparo mútuo, enfim, todos aqueles deveres de assistência e de afeto que constituem o traço característico da família cristã.

Para demonstrar a exatidão deste asserto, veja-se o que textualmente diz Troplong quando se refere às Leis *Júlia* e *Pápia Popéia* e aos intuitos que as ditaram.

"O seu fim principal", afirma o ilustre civilista, "foi honrar e favorecer o casamento; para chegar a consegui-lo, Augusto esforçou-se antes de tudo em conceder prerrogativas ao homem casado; maiores ao casado que tivesse filhos, e maiores ainda ao que tivesse três filhos.

"Assim, o casamento dava também um lugar particular nos teatros.

"O cônsul que tinha mais filhos era o primeiro em tomar as insígnias; tinha a escolha das Províncias.

"Podia-se ser magistrado antes da idade competente, porque cada filho dispensava um ano; tendo-se três filhos em Roma, quatro na Itália, cinco nas Províncias, ficava-se isento de todos os cargos pessoais.

"As mulheres ingênuas, que tinham três filhos, e as libertas, que tinham quatro, ficavam isentas da tutela a que as sujeitavam as antigas leis de Roma.

"Os esposos podiam dar-se reciprocamente a totalidade de seus bens, se tinham três filhos um do outro; se não tinham nenhum, podiam receber a décima parte da sucessão, por causa do matrimônio: *matrimonii nomine*; se tinham filhos de outro matrimônio, podiam doar-se em tantas décimas quanto eram eles.

"Estas disposições tiveram vulgarmente o nome de *leis decimárias.*

"Augusto manifestou o respeito que lhes tinha: querendo deixar a terça de seus bens a Lívia, sua esposa, que só tinha direito a duas décimas partes, por ser mãe de dois filhos, fez o Senado dispensá-lo das inabilitações da lei.

"Ainda isto não é tudo. Para mais desanimar o celibato, quis Augusto que os que não fossem casados nada pudessem haver em testamento dos estanhos e, em favor das uniões fecundas, foi ainda além, porque ordenou que os casados, que não tivessem filhos, não pudessem haver mais do que a metade da disposição.

"Todas as partes dos testamentos ou legados, que se tornavam caducos em razão da incapacidade dos instituídos, eram repartidas pelos outros instituídos no mesmo testamento, uma vez que tivessem filhos; na falta de pais, os caducos eram para o Fisco, ou como diz Tácito, em uma ironia amarga, para o povo romano, como pai comum de todos os cidadãos.

"Mas, no tempo de Caracala, o Fisco, na sua imensa afeição pelo interesse público, entendeu que a sua parte era pouco importante, e

constitui-se o herdeiro único dos caducos.

"Ao mesmo tempo, as segundas núpcias foram não somente animadas, como até ordenadas.

"Os pais que não quisessem casar seus filhos, eram obrigados a isso pelos magistrados.

"Permitia-se que os ingênuos, que não fossem senadores, desposassem libertas. [Grande mudança nos antigos costumes.]

"Tentou-se remediar os freqüentíssimos divórcios; limitaram-se os impedimentos de afinidade e reputavam-se não escritas as condições de não casar, impostas nos testamentos e nas alforrias.

"Tais foram as principais combinações das leis Júlia – de *maritandis ordinibus* – e *Papia Poppea*: estas leis levaram os romanos pelo seu fraco, que era a avareza: assim elas nunca foram populares.

"Tinham além disto maiores inconvenientes: faziam intervir o Fisco nos negócios da família, com as suas ásperas tendências e com o nefasto cortejo dos delatores, enfim, faziam do matrimônio uma especulação, um tráfico.

"Casavam-se, diz Plutarco, e tinham filhos, não para ter herdeiros, mas, sim, para ter heranças, pensamento profundo que Montesquieu citou sem se lembrar de que assim não só acusa os maus costumes dos romanos, como também as leis que faziam esses costumes, cuja bela política tanto admira o seu gênio.

"Mas, o que diríamos nós, se fôssemos crer em Juvenal, quando põe na boca de um adúltero faceto esta desordenada linguagem: – '*De que te queixas, ingrato? és pai, fui eu quem te dei os* jura parentis, *é por mim que poderás ser instituído herdeiro. Podes haver não só os legados que te forem deixados, como o doce emolumento dos caducos (et Dulce caducum), e se eu chegar a dar três filhos à tua casa, não vês tu outras vantagens que deves esperar, além dos caducos?*'"[59]

---

59 O autor transcreve, em nota, extraindo das *Sátiras* (IX, v. 82) – os versos de Juvenal, assim expressos:

> "Jam pater es: dedimus quod famoe oponere possis,
> Jura parentis habes; propter me scriberis hoeres;
> Legatum omne captis; nec non et Dulce caducum.
> Commoda proeter jungentur multa caducis
> Si numerum, si tres implevero..."

Este estado de cousas e estas leis, que permaneceram até o governo de Constantino, não encontraram no espírito pagão, nem mesmo no espírito estóico, oposição alguma, capaz de interromper a degradação a que ia chegando a família.

Imperavam como legítimas providências, embora as suas conseqüências fossem inteiramente negativas, porque os males que elas procuravam evitar não podiam ser combatidos por essa forma: as penas que impunham somente avolumavam o tesouro público, ou diminuíam a fortuna privada, mas, não modificavam os costumes.

Entretanto, ao lado da maioria dos habitantes da cidade e das províncias, ia se formando um grupo de famílias em que as idéias cristãs inspiravam sentimentos e conduta bem diferente dos geralmente seguidos, e logo que as perseguições cessaram e o Cristianismo conseguiu livre prática, começou a mais formidável das lutas pela regeneração dos costumes e das leis.

Vamos às provas.

Antes da entrada da doutrina cristã nos lares, quais os poderes legitimamente outorgados aos chefes da família em relação a todos os bens da casa e dos filhos, mesmo os que estes adquiriam com o trabalho próprio?

Eram absolutos. O ***pai de família***, expressão que também significava – ***prudência, cuidado, dedicação à prole*** – e servia de termo de comparação para medir a ***retidão*** e a ***inteligência*** na administração dos negócios privados, – era o senhor absoluto da casa e de tudo quanto nela existia.

A própria palavra ***família***, que, na sua origem sânscrita, quer dizer ***assento, morada, casa***, era empregada, ainda no tempo de Ulpiano[60], para significar, não só a ***reunião de pessoas***, como também o ***patrimônio doméstico***, sendo, para notar que, segundo afirma Jhering[61], no regime do antigo Direito, – família e pecúnia - eram expressões que designavam o patrimônio administrado pelo ***pater***.

---

60 *Dig.* – de verb. signif. – L. 50, T. 16, fr. 195 - §§ 1º a 4º.

61 *Esp. do Dir. Rom.* – 2º vol. L. 11, 1ª parte, T. 11 seç. 9ª – nº 36 e not. 209.

Entretanto, no tempo dos imperadores cristãos, as duas expressões já são empregadas em sentidos diferentes[62], significando família – a reunião de pessoas – e pecúnia – as cousas compreendidas no *patrimonium.*

Pode isto parecer uma observação sem importância para a nossa tese, mas, no fundo, não é assim.

Basta considerar que estes imperadores empregavam a palavra – família – como compreendendo somente as pessoas da casa, inclusive os escravos, e – patrimônio – com referência às cousas, para notar-se que até a tecnologia jurídica foi modificada no sentido de elevar o homem sobre as cousas da casa e de dar ao conjunto de pessoas, ligadas pelos laços de parentesco, uma posição de maior importância ética, ao invés de irmaná-las ao mundo material das suas necessidades, no regime da propriedade.

Embora instituído por Augusto, o pecúlio castrense, que já indicava um abrandamento do regime da propriedade doméstica, ainda se ressentia de sérias restrições ao seu livre gozo e disposição, pois, supunha-se, ele, subordinado ao poder paterno e o filho não podia aliená-lo senão durante o tempo em que prestava serviços militares.

Esta situação prolongou-se até o governo de Trajano e, não obstante ter o seu sucessor, Adriano, permitido a livre disposição, mesmo depois do filho-família estar fora do serviço militar, foram somente Constantino e outros imperadores cristãos que conseguiram remodelar o instituto, dando-lhe uma feição de notável independência nas relações da propriedade paterna.

As funções públicas, civis e eclesiásticas, a advocacia e, em geral, as profissões intelectuais, não podiam ficar em plano inferior à arte militar.

---

62 Veja-se, por exemplo, a constituição de Constantino – ***de admninistrationi tutorum et curatorum*** – *Cód.* – L. 5º, T. 37, const. – 22 – em que, para designar todos os bens do pupilo, não se usa uma única vez da palavra ***família***, mas, sim, ***pecunia*** e ***patrimonium***, o que ocorre também em outras constituições de imperadores posteriores.

Constantino, procurando dar maior importância às funções dos seus auxiliares no serviço do palácio imperial e tendo em atenção os esforços da inteligência e a aptidão do entendimento desses servidores do Estado, deu-lhes a faculdade de, sendo filho-famílias, constituírem pecúlios castrenses com as economias do seu trabalho e dádivas imperiais[63].

Honório, no Ocidente, e Teodósio II, no Oriente, estenderam o favor aos assessores, "qui consiliis propriis administratore invare consueverunt"[64] e, cinco anos depois, outorgaram o mesmo direito aos advogados[65].

Teodósio e Valentiniano III concederam esse favor aos auxiliares do prefeito do Pretório[66] e Leão e Antêmio aos bispos, presbíteros e diáconos[67].

Generalizando, assim, o favor feito aos militares, todas as classes intelectuais vieram a gozá-lo, permanecendo, apenas, uma diferença – a da denominação dos pecúlios –, continuando os dos militares como castrenses e os dos demais como quase-castrenses.

O desenvolvimento das franquias, que penetraram o cerne da instituição para deslocar a seiva do centro e levá-la à periferia, não se operou bruscamente.

Ainda persistiam velhas regras tradicionais mantendo a propriedade paterna sobre outros bens dos filhos, de forma a apresentar no estado destes, como diz Troplong, duas pessoas distintas – uma, curvada ao jugo da mais severa dependência, – outra, iniciada nas prerrogativas da liberdade[68].

Mas, as idéias cristãs não operavam revoluções de efeitos transitórios ou passageiros; ao contrário, chegavam às leis, lenta e moderadamente, aperfeiçoando, com persistência ininterrupta, o meio social e preparando as reformas, através dos costumes, até dominar os espíritos dos legisladores.

63 *Cód.* – L. 12, T. 31, const. única.
64 *Cód.* – L. 1º, T. 51, const. 7.
65 *Cód.* – L. 2º, T. 7, const. 4.
66 *Cód.* – L. 12, T. 37, const. 6.
67 *Cód.* – L. 2º, T. 3º, const. 34.
68 *Op.* e loc. cits.

Quando chegou a oportunidade do império completo dessas idéias sobre o regime da propriedade na casa da família, as regras apareceram logicamente e, da fusão de todos os elementos, que vinham contribuindo para o advento de uma legislação cristianizada, resultou a definitiva sistematização dos princípios reguladores.

Coube a Justiniano a honrosa missão de resolver o problema e fê-lo sabiamente, porque conseguiu coordenar os interesses recíprocos de pais e filhos, evitando o choque inevitável que produzem as medidas extremas.

Vejam-se as constituições do imperador sobre os bens adquiridos pelos filhos-famílias[69] e ter-se-á a prova da influência exercida nas suas disposições pelo espírito cristão do sobrinho de Justino.

Se dos bens passarmos a examinar as relações entre pais e filhos, no que dizem respeito às pessoas, a diferença é chocante: o Direito clássico, em face do Direito Cristão, tem proporções desvantajosas e até reveladoras de crueldades incompatíveis com a civilização jurídica a que já atingira o império dos Césares, verificando-se naquele, conforme a sugestiva comparação de Ozanam[70], um monumento como o Coliseu, em que tudo é admirável, mas onde se lançam os homens à ferocidade dos leões.

Na organização rígida da família, a autoridade do pater, em relação às pessoas dos filhos, concentrava-se nestes poderes: o de vida e morte, reconhecido expressamente na Lei das XII Tábuas[71], em cujo âmbito se compreendia o direito de encarcerar, flagelar, prender com cadeias nos serviços campestres; o de vender o filho, aliená-lo por qualquer forma, dá-lo em penhor, conseqüência natural do direito de vida e morte, assegurado também na Lei das XII Tábuas[72], em virtude do princípio que outorgava ao filho a liberdade do poder paterno, se fosse vendido três vezes; o de ex-

69 *Cód.* – L. VI, T. LXI, const. 6ª, 7ª, 8ª. A epígrafe deste título indica a variedade dos casos que as constituições regulam – "*De bonis in potestate patris constitutis ex matrimonio,* VEL ALIAS ADQUIRUNTUR ET ADMINISTRATIONE.

70 Cit. – Civ. au Ve. sicc. – cap. VI.

71 Tab. IV –, 3 – Cícero – Philip – 2, 28, 69 – "*Illam suam suas res sibi habere jussit, ex XII tabulis clavis ademit, exegit*".

72 Tab. cit. – 2 – "*Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.*"

por, abandonar, enjeitar e o de dar a noxa, isto é, entregar o filho a quem este houvesse causado prejuízo, para pagar-se com os seus serviços[73].

O direito de vida e morte passou triunfante ao século de Augusto; mas, logo que as idéias cristãs começaram a penetrar nos lares, transformando-se em costumes e estes indicando uma nova orientação na organização das leis, a *dignidade*, a *humildade*, e a *caridade* cristãs foram operando a reforma desse direito desumano, incompatível com os três estados d'alma que vinham sendo modelados na sociedade romana.

Trajano, segundo afirma Papiniano[74], mandou emancipar um filho, que era impiedosamente maltratado pelo pai, e privou a este da posse dos bens respectivos, depois de sua morte.

Adriano, conforme diz Marciano[75], desterrou para uma ilha um pai que matou o filho por cometer adultério com a madrasta, "*nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*".

Alexandre Severo mandou que os pais não castigassem os filhos senão moderadamente e, sendo preciso mais do que simples correção, deviam dirigir-se ao magistrado e expor suas queixas.

Estas medidas liberais não resolviam o caso, porque, embora revelando certa piedade da parte dos imperadores que os decretaram, deixavam em campo aberto o direito de vida e morte outorgado ao *pater*.

Constantino, porém, não só aboliu essa indizível crueldade, como puniu-a severamente e por forma *sui generis*, considerando *parricídio* a morte causada pelo pai, pelo filho e pelos demais parentes em certo grau[76].

Daqui por diante, dados os princípios de caridade e fraternidade cristã, geralmente adotados, inconcebível seria, até supor que o homem,

---

73 Gaius – *Inst.* – *Com.* I, §§ 132, IV, 75 a 79.

74 *Dig.* – L. XXXVII, T. XII, fr. 5º.

75 *Dig.* – L. XLVIII, T. IX, fr. 5º.

76 *Cód.* – L. IX, T. XVII, const. única. – *Si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis ejus que nuncupatione parricidii continetur fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur neque gladio neque ignibus neque ulla alia solemni poena subjugetur, sed insutus culleo et inter ejus ferales angustias comprehensus serpentium contuberniis misceatur et, ut regionis qualitas tuberit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei coelum superstite, terra mortuo auferatur.*" – Esta constituição, bom é acentuar, é do ano de 319 e, portanto, posterior ao Edito de Milão.

que não deve tirar a vida do seu semelhante, princípio fundamental da lei de Deus, pudesse suprimi-la daquele a quem a Providência lhe outorgará a paternidade.

O direito de vida e morte não foi, pois, abolido só em virtude de um preceito legal, nem isto era preciso; desapareceria mesmo sem necessidade de um ato oficial que o ordenasse, porque tornou-se uma impossibilidade no meio de uma sociedade orientada pelos princípios da religião cristã.

Quanto à venda dos filhos, a questão apresentava para o legislador pagão um aspecto diferente do que apresentava para o legislador cristão.

Para aquele, o poder paterno, sendo uma criação ditada pelo interesse do *pater*, no qual os *direitos* predominavam sobre os deveres, ficava em plano secundário o interesse dos filhos.

Este caráter do pátrio poder, em Roma, é mesmo assinalado pelos romanistas como traço diferencial do instituto com o dos outros povos.

Para o legislador cristão, o pátrio poder, sendo uma criação ditada pelo interesse do filho, no qual os deveres predominam sobre os direitos, não é possível estabelecer ou revogar leis sem grande ponderação, porque a negação de certo *direito* de um, pode atacar seriamente o *interesse* de outro.

A venda e a exposição dos filhos estavam nestas condições.

A proteção devida à liberdade fez com que Caracala declarasse *desonesta* e *ilícita* a venda dos filhos ingênuos pelo pai, sustentando que tal ato não pode prejudicar o Estado, mas, temendo uma revolução radical, remeteu os contendores à presença do juiz para decidir "*secundum ordinem juris*"[77].

Diocleciano e Maximiano foram ao extremo: declararam "*manifesti juris est*" que os filhos não podiam ser transferidos a outras pessoas por seus pais, quer por venda, doação, penhor, quer por outro qualquer título"[78].

77 *Cód.* – L. VII, T. XVI, const. 1ª.
78 *Cód.* – L. IV, T. XLIII, const. 1ª.

Constantino, porém, atendendo de preferência ao bem estar material da criança, devido a extrema pobreza do pai e ao nenhum valor do direito de liberdade para os recém-nascidos, estabeleceu que a venda podia ser feita, observados aqueles requisitos – extrema pobreza do pai e ser o filho ou filha ainda sanguinolento (com o cordão umbilical ainda não caído), – mas, assegurado o direito ao vendedor, ao vendido e a outra qualquer pessoa de resgatar a liberdade, mediante o pagamento do preço ou substituição do mancipado por outro[79].

Esta constituição foi completada por Teodósio I, Valentiniano II e Arcádio[80].

Justiniano, sem fazer menção destes atos legislativos, reproduziu a constituição de Constantino e, mais tarde, pela *Novela 134*, cap. VII, resolveu definitivamente o caso, proibindo o penhor dos filhos do devedor e, como conseqüência, as alienações[81].

O direito de expor e de dar a noxa também tornaram-se incompatíveis com a evolução social sobre o influxo das idéias cristãs.

As instituições piedosas, os asilos de caridade, os hospitais, a própria assistência privada, suavizando as amarguras da pobreza dos pais e amparando as crianças nas suas necessidades, prepararam o caminho que deveria ser trilhado pelo legislador.

Por outro lado, o aperfeiçoamento moral da vida nos lares em que imperavam as virtudes cristãs, a coesão entre os membros da família e, especialmente, entre pais e filhos, que tinham a exata compreensão dos deveres impostos aos seus corações, todos estes laços de afeto, todas estas obrigações personalíssimas e imprescritíveis, restringiam por tal forma os direitos dos pais sobre os filhos, que uns e outros não viam entre si senão deveres a cumprir, ao invés de direitos a respeitar.

O direito de expor tornou-se, por isto, um dever, quando as condições econômicas dos pais os colocavam em situação de privar os filhos do que lhes era essencial para a vida.

---

79 *Cód.* cit. L. e T., const. 2ª.

80 *Cód.* Teod. – L. V, T. VIII, const. única.

81 Veja-se Maynz – Cit. *Curso de D. Romano* – vol. III, § 326.

O *abandono noxal*, instituto antiqüíssimo, tinha fundas raízes nos costumes, na jurisprudência e na própria legislação.

Era regra incontroversa a de que o proprietário de uma cousa não devia sofrer o prejuízo que ela causasse a outrem em quantia superior ao seu valor intrínseco e, demandado para a indenização, cabia-lhe o direito de abandonar o causante do prejuízo – *corpus quod nocuit* – em favor do prejudicado, para que este se pagasse com as respectivas utilidades ou serviços.

O abandono noxal podia ter por objeto *animais, escravos, filhos,* em uma palavra, tudo quanto estivesse sob o poder dominical e paterno do chefe de família.

Justiniano aboliu a noxa em relação aos *filhos* e *filhas*, conservando-a, porém, em relação aos escravos e animais[82].

A razão dada pelo Imperador, como justificativa da abolição do abandono noxal, consiste em que com isso o pai sofre pessoalmente mais do que o próprio filho e em relação às filhas até a consideração do pudor justamente o repele[83].

Não há, pois, à vista do exposto, razão alguma para contestar a influência das idéias cristãs nas modificações profundas que experimentaram as várias relações da vida doméstica e de tal sorte esta verdade se impõe ao observador, que muitos dos que sustentam a inexistência dessa influência, abrem exceção para o Direito de Família, especialmente na parte relativa às relações entre pais e filhos[84].

Se destas relações passarmos a examinar as que vinculavam os esposos, a diferença é profunda.

Partindo do princípio cardeal de que os laços do matrimônio se não desatam, porque eles são criados pelas mãos de Deus, o Cristianismo, quando penetrou em Roma, encontrando a sociedade convencida de que

82 *Inst.* – L. IV, T. VIII e IX.

83 São estas as palavras textuais – "*Quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alli dare ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit?*" – (cit. *Inst.* – L. IV, T. VIII, § 7º).

84 Vejam-se entre outros, Padeletti, Maynz, van Wetter.

exatamente o contrário é que devia prevalecer, como, de fato, prevalecia nas leis, nos costumes, na tradição, teve de lutar para vencer e venceu para honra sua.

A indissolubilidade do vínculo matrimonial constituía um poderoso elemento para, ao mesmo tempo, assegurar a perpetuidade da vida conjugal e impor aos esposos a fidelidade recíproca.

Por esta forma atacava-se de frente dois grandes e perniciosíssimos males – o divórcio e o adultério, espécie de irmãos gêmeos, filhos da degenerescência da família entre todos os povos.

Elevado o casamento à dignidade de um sacramento, cuja realização, presidida por Deus, impunha aos nubentes obrigações morais muito sérias, deveres afetivos irredutíveis, a situação dos casais, no lar e na sociedade, ia perdendo o cunho materialista e utilitário que caracterizava os formados outrora, ia multiplicando e desenvolvendo os sentimentos de estima, os deveres de ajuda recíproca, os prazeres inefáveis da dedicação, imprimindo uma nova direção à vida conjugal, criando novos elementos para a formação de uma prole duplamente sadia, física e moralmente, dando o exemplo de união por amor, que repelia o concubinato, de perfeita igualdade entre os casados à face da Igreja, que desconhecia o *contubérnio*, enfim constituindo a família como uma sólida e perfeita cadeia, cujos elos eram formados no cadinho da fraternidade e do amor.

Recebendo a influência destas idéias e obedecendo ao rigor dos princípios da religião cristã, a legislação civil reguladora da família apresentou-se na codificação de Justiniano com profundas modificações, que depois se generalizaram aos demais departamentos do Direito Privado, como veremos a seguir.

A propriedade – Na história da propriedade, em Roma, distinguem-se três fases características: a do *domínio civil* ou *quiritário* (*dominum ex jure Quiritium*), do *domínio pretório* ou *bonitário* (*in bonis esse, in bonis habere*) e do *domínio do Direito Cristão* ou, mais rigorosamente, do *Direito justinianeu*.

Estas três fases se assinalam, principalmente a última, por aspectos inconfundíveis.

Na primeira fase, quem tinha sob seu poder uma cousa sem ter o domínio quiritário, não passava de simples possuidor; desfrutava um

estado de fato e não uma situação jurídica amplamente protegida pelo Direito.

Este exclusivismo, estabelecido com caráter político e que beneficiava ao cidadão romano, foi modificado no tempo da República para dar entrada ao domínio bonitário, mantendo-se ambos, a princípio, paralelamente, e, mais tarde, provocando combinações e diferenças, com denominações próprias.

Assim, podia alguém ter o domínio civil exclusivamente e, neste caso, dizia-se *nudum jus Quiritium*, ou exclusivamente o domínio pretório e dizia-se *in bonis*, ou, ainda, um e outro, simultaneamente, e diziam-se *plenum jus ex jure Quiritium.*

Estas formas do exercício do direito de propriedade davam lugar a uma imensa variedade de regras relativas à capacidade para adquirir e alienar, à idoneidade do objeto sobre que recaía e à legitimidade dos modos de adquirir a propriedade.

Justiniano pôs termo à distinção entre propriedade quiritária e propriedade bonitária, assinalando tratar-se de uma ridícula, sutil e enigmática diferença, cuja falta de sentido tinha por efeito confundir os jovens que começavam os seus estudos de Direito[85].

Logo em seguida aboliu a distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*[86] e, finalmente, fez cessar a diferenciação entre *fundos itálicos e fundos provinciais*[87] para o efeito da *usucapio.*

Estas reformas, fazendo entrar a propriedade no regime da unidade legal, foram de efeitos econômicos salutares, porque todas as cousas *in commercium*, ou não inteiramente fora dele, tornaram-se suscetíveis de propriedade.

Já não eram precisas as vetustas *mancipatio* e *in jure cessio* para adquiri domínio: a *traditio* produzia os mesmos efeitos; já era indiferente para a realização da *usucapio* a situação dos bens provinciais ou itálicos, porque o direito civil se aplicava em todo o território do Império; em uma palavra, todos os efeitos do *domínio quiritário* eram também produzidos pelo *domínio bonitário.*

---

85 *Cód.* – L. VII, T. XXV, const. única.

86 *Cód.* – L. VII, T. XXXI, const. única, *in fine.*

87 *Cód.* – L. VII, T. T. XXXI, const. único, e XXXIII, const. 12.

A questão da boa fé na aquisição da propriedade e da posse, para o efeito da usucapião, largamente debatida entre os mais notáveis jurisconsultos, como Pomponius, Papinianus e Paulus, não havia passado do terreno da doutrina; faltava-lhe a autoridade indiscutível da lei.

Foi Justiniano quem incorporou às suas constituições as regras a respeito da boa fé, que, depois, passaram para as legislações dos povos cultos.

É sabido que entre as múltiplas e distintas teorias, que formam escolas, sobre a legitimidade da propriedade privada, os economistas também indicam umas, cujas raízes estão no Evangelho e nas demais fontes do Direito Canônico.

Para estas teorias, a propriedade privada individual, quer sobre o solo, quer sobre outros valores, móveis ou semoventes, é perfeitamente legítima, constitui um direito real e natural, com a diferença, porém, de que não reconhecem neste direito o caráter absoluto e ilimitado que a doutrina romana do direito pagão lhe atribuía como essencial.

Ulpianus, seus contemporâneos e predecessores definiam o direito de propriedade – "*jus utendi, fruendi et abutendi re suaquatenus juris ratio patitur*" – e também "*plena in re potestas quatenus juris ratio patitur*".

*

Com a introdução das idéias cristãs, os três elementos formadores da propriedade começaram a experimentar a influência de inúmeras obrigações morais, impostas por leis divinas, opondo limites e criando restrições àquele caráter absoluto e ilimitado.

O interesse da comunidade, representada pelo Estado, e o interesse puramente individual, representado pelas classes abastadas da sociedade, abriram conflito e o poder público, armado do confisco, vencia a estas e entregava àquele os frutos resultantes da violência.

Eis porque a própria sociedade, a família e até mesmo o indivíduo se viram na contingência de procurar fórmulas capazes de harmonizar os interesses em colisão e dar solução aos problemas que nasciam do regime da propriedade e como as leis humanas não resolviam a situação, naturalmente apelaram para as leis religiosas e morais, que, pelo menos,

guardavam evidente imparcialidade e tendiam a realizar o princípio fundamental da fraternidade humana.

Inspiradas as leis, depois do advento do Cristianismo, nessas idéias salutares do humanismo, sem violência, sem preocupações revolucionárias, procurando vencer pela razão e vencendo pela convicção dos seus adeptos, é bem de ver que essas leis traziam o molde da fonte de onde provinham e podiam servir de regra para serem opostas ao exercício imperfeito do direito de abusar da cousa que fazia objeto da propriedade, de forma que os jurisconsultos do tempo dos imperadores cristãos diziam que – "*jus perfecte disponendi de re corporali, nisi lege prohibeatur*".

Aquela imparcialidade, defendendo os bens do pobre contra o rico, do rico contra o imperador, do imperador contra a massa do povo insubordinado e do exército revoltado, inspirava confiança ao agricultor que fecundava a terra com o seu trabalho, ao operário, que calejava as mãos na pedra ou no martelo, ao intelectual, que construía o futuro no silêncio de sua biblioteca, enfim, todas as classes sociais, todas as forças econômicas da produção de riquezas julgavam haver encontrado na fraternidade cristã o fundamento de toda a ordem social e, portanto, da propriedade pública e privada.

Daqui muitas daquelas reformas operadas por Justiniano, cuja importância foi de tal ordem que se refletiu em muitos outros departamentos do Direito Privado, principalmente no regime da sucessão hereditária.

A condição das mulheres – Quando se estuda a organização da família romana e as leis que a dominaram em toda a sua evolução desde os tempos primitivos até o IV século da era cristã, nota-se uma profunda e inexplicável diferença na condição da mulher no lar e nas relações da vida jurídica.

Nos velhos tempos da realeza, a figura de *Lucrécia*, cujo suicídio cobriu o ultraje a que se viu forçada pelo filho de Tarqüínio, *o soberbo*, impõe-se à admiração pública e esta leva o povo à proclamação da República; no tempo dos decênviros, a jovem *Virgínia*, assassinada por seu próprio pai para subtraí-la à escravidão e à lascívia de Appius Claudius, torna-se causa eficiente da volta do regime dos Cônsules; no tempo das reivindicações democráticas, *Cornélia*, filha de Cipião, *o africano*, e mãe de Tibério e Caio Graco, estes as jóias com que se adornava para

receber as suas amigas da Campânia, ensinando aos filhos a honra e o amor da pátria, fez destes os maiores cidadãos da sua época; no tempo de Trajano, Calpúrnia, a meiga tuberculosa, esposa e admiradora de Plínio, o moço, enche de encantos o lar do literato e se constitui causa eficiente de muitas daquelas cartas, que o trouxeram à posteridade; enfim, todas estas mulheres, cujos nomes deixaram na história traços tão profundos que jamais se apagaram, eram, no entretanto, quase escravas nas relações jurídicas.

Esquecida ou desprezada na vida jurídica, a mulher dos primeiros tempos recolhia-se ao lar e aí, no remanso da vida suave da família, invocando, em companhia do esposo e dos filhos, os Deuses propícios à casa e à pátria, se não tinha direitos, também não se preocupava de conquistá-los à sociedade civil.

Mas, mudaram-se as condições gerais da vida; a República progredia e, com o progresso, a sociedade eliminava os seus costumes tradicionais.

O luxo nos trajes e carruagens substituiu à simplicidade e circunspeção do passado.

As leis tributárias, tão recomendadas por Catão, ao invés de moderar os gastos, enriqueciam o Fisco.

Nos festins e reuniões imperavam as mulheres e as despesas, que se faziam, excediam às raias da fantasia.

A lei *Irchia*, reduzindo a vida social à regulamentação econômica, impôs limites ao número de convidados a estas festas e aos gastos extraordinários a que davam lugar, e a lei Fannia proibiu a magnificência dos triclínios: nada, porém, obtiveram os legisladores, porque a mulher, com o império das seduções derrogava a autoridade das leis e colocava-se acima daqueles que pretendiam subalternizá-la.

Inteiramente tolhida de exercer qualquer direito, impedida de revelar qualidades para dirigir seus interesses, despreocupava-se desses direitos e interesses, e dominava por instinto, não obstante todas as restrições que se continham no *pátrio poder*, no *poder marital* ou na *tutela*, a tríplice cadeia que a subjugava nas relações jurídicas.

Sob o pátrio poder, ficava, como os varões, sujeita ao direito de vida e morte, a ser exposta, dada a noxa e vendida, com a única diferença de que neste último caso, por uma interessante interpretação de um texto da Lei das XII Tábuas[88], só podia ser vendida uma vez, ao passo que o filho varão podia ser até a terceira vez.

Sob o poder marital, ou, mais rigorosamente, sob a *manus*, instituição de Direito Civil estrito, a mulher casada por *confarreatio*, por *coemptio* ou por *usus*, trocava apenas de senhor, passava do poder da casa paterna, para o poder do marido ou para o da casa a que este estava sujeito.

A *manus* tinha por efeito a perda da agnação que à mulher cabia na sua família natural e, como conseqüência, de todos os direitos que, por aquele parentesco, a lei atribuía.

No seu novo lar, ela ficava como se fosse filha do seu marido (*in loco filioe*) e irmã dos próprios filhos que tivesse, pelo que era *agnada* desta família e *cognada* daquela de que proviera.

Sob a *tutela*, em nada melhorava a condição da mulher.

Fundada, segundo uns, em razões políticas, como era o pátrio poder e a tutela dos impúberes, e, segundo outros, em consideração de ordem pessoal e de ordem econômica, o que é para estranhar é que a tutela das mulheres, não obstante a evolução do Direito, principalmente na época dos grandes jurisconsultos, se tivesse mantido, embora com modificações notáveis, até o advento dos imperadores cristãos.

Podendo ser constituída por testamento, por efeito da agnação e em virtude de ato do Pretor, e, daqui, o ser *testamentária*, *legítima* e *dativa*, regulava-se pelos princípios gerais que dominavam a tutela dos impúberes.

A *testamentária*, que preferia a todas as outras, dava ao marido, quando chefe da família, o poder de designar tutor não só para suas filhas e netas, como à própria mulher, se estava *in manu*.

Com o correr dos tempos, porém, operou-se uma *sui generis* modificação: o marido podia, ao invés de fazer essa nomeação, conceder-lhe a faculdade de escolher tutor por si mesma (*tutoris optio*), escolha que

---

88 "*Si pater filium ter vernum duit, filius a patre liber esto*" – T. IV – fr. 2.

podia ser feita amplamente (*plena*), o que lhe dava o direito de trocar de tutor quando lhe conviesse, ou restritamente (*angusta*), o que permitia fazer uso dessa faculdade apenas um certo número de vezes[89].

A *tutela legítima* das mulheres constituía um verdadeiro direito, em que ela aparecia quase como se fora objeto de propriedade da família.

Pertencia a um membro da família, mesmo que este fosse *impúbere, louco, enfermo*, embora o seu exercício se desse interinamente a uma outra pessoa.

Segundo afirma Gaius[90], a tutela legítima das mulheres foi suprimida por Cláudio, mas, a verdade é que isto pouco melhorou a condição delas, porque continuaram as outras espécies, com o seu cortejo de restrições legais à capacidade feminina.

É certo que elas receberam esta deliberação do imperador como um salutar paradoxo à tirania dos agnados, mas, é certo também, que, na realidade das cousas, isso apenas diminui um elo da cadeia que as prendia ao estado de perpétua inferioridade na vida jurídica.

Caminharam, assim, através dos esplendores da época clássica, as regras fundamentais do instituto, degenerado na velha feição, modificado em vários pontos de sua severidade, mas, subsistente e dominador no campo da legislação, explicado e mantido pela autoridade da jurisprudência, durante os governos dos imperadores pagãos[91].

Foi desta forma que a tutela das mulheres chegou à época de Constantino Magno.

O primeiro imperador cristão proclamou a igualdade de direitos entre homens e mulheres maiores e, daí, a abolição da tutela das mulheres[92].

---

89 Gaius – *Inst.* – *com.* I, §§ 150 e seguintes.

90 Cit. *Com.* I § 171.

91 Na *Apologia* – ed. de Nisard – pág. 260 – citada por Troplong – vê-se a referência ao fato de Prudentila, mulher de Apuleio, carecer de autorização de Cássio Longino, seu tutor, para comprar um objeto de valor insignificante. E isto ocorria no governo de Antonino Pio. Bom é não confundir este Cássio Longino com o célebre jurisconsulto do mesmo nome, que brilhou desde Tibério até Vespasiano (14 a 76, da era cristã).

92 *Cód.* – L. II, T. 45; const. 2ª "*...ut etiam ipsoe in omnibus negotiis tale jus habeant, quale mares habere proescripsimus, ita tamen, ut proedia sine decreto non alienent.*"

Iniciada a reação pela impossibilidade de harmonizar os princípios cristãos com os dominantes no paganismo, a decadência do velho Direito, que colocava a mulher em situação inferior, foi se acentuando de imperador a imperador.

Teodósio I reconhece e proclama os privilégios da maternidade[93], e Justiniano opera profundas e salutares reformas na legislação, criando para a mulher uma situação jurídica, que ela mesma jamais sonhara conquistar.

A *Novela 118*, que poder-se-á, sem exagero, chamar a carta de liberdade da *mãe de família romana*, contém, três grandes reformas, relativas aos direitos da mulher: pôs termo a distinção entre *agnados e cognados*, equiparando o parentesco feminino ao masculino; estabeleceu a sucessão *ab intestato* em três ordens (descendentes, ascendentes e colaterais) e instituiu a tutela legítima dos filhos e netos a favor das mães e avós não binubas, com renúncia do senatusconsulto Veleiano[94].

Como se vê, nestas reformas se acentuou o pensamento do imperador em elevar a mulher, realizando a igualdade jurídica dos sexos, que ele mesmo já havia esboçado na *Novela 21*, dirigida a Acácio, pró-cônsul da Armênia, sete anos antes, em cujo prefácio censura o costume, seguido na Armênia e em outros países, *cruel e ultrajante do sexo feminino*, de excluir a mulher da sucessão de seus ascendentes e irmãos germanos e consangüíneos[95].

---

93 *Cód. Teod.* – L. VIII, T. 41, const. 1ª.

94 "... *Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit: his enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatusconsultti renutiant...*"

95 "...*Et oestimavimus oporter expressoe lege illud quoque corrigere, quod male apud eos delinquebatur, et non secundum barbaricam gentem virorum quidem esse successiones tam parentum quam fratrum et alterius generis, mulierum vero nequaquam, neque sine dote eas ad viros venire, nec en a maritis futursi, quod barbarice hactemus apud eos servabatur; non ipses solummodo haec ferocius sentientibus, sed etiam aliis gentibus ita exhonorantibus naturam et femineum injuriantibus genus, tamquam non a deo sit factum nec serviat nativitati, sed tamquam vile et exhonorandum et extra omnem competentem consistens honorem.*"

No regime dos bens no casamento, o marido, pela *manus*, tornava-se proprietário de tudo quanto possuísse ou viesse a possuir sua mulher: a *comunhão de bens* entre marido e mulher não é instituição de Direito Romano, mas sim de Direito Visigótico.

Aquele direito do marido não deve, porém, causar estranheza a ninguém, porque no próprio Direito Clássico, se a mulher não era objeto de *propriedade* do marido, era-o, todavia, de sua *posse*, podia ser *usucapida* como uma *res mancipi.*

É certo que a instituição do regime total atribuía à mulher a propriedade, ou melhor, uma ficção de propriedade sobre os bens a ele sujeitos, com a exigência do consentimento dela para a legitimidade de sua alienação; mas, na verdade, se a *cautio rel uxorioe* não tinha sido estipulada no ato do casamento, o divórcio bem podia despojar a mulher de seu patrimônio.

Este estado de cousas, porém, na condição da mulher, tinha fatalmente de modificar-se, porque a influência das idéias cristãs sobre essa condição era exigida pela sociedade.

Nas epístolas de São Paulo, I – aos Coríntios, Cap. VII – sobre o casamento – e Cap. XI – sobre o véu das mulheres –, aos Gálatas, Cap. III, sobre a servidão da lei e I a Timóteo, Cap. V – sobre a conduta para com diferentes pessoas, encontram-se as regras fundamentais a serem observadas em relação aos deveres e direitos das mulheres, que têm uns e outros, da mesma sorte que o homem, e embora em sua origem a mulher seja de condição subordinada, o batismo em Jesus Cristo equipara-a ao homem, porque "*já não há distinção de judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem, nem mulher, pois, todos vós sois um em Jesus Cristo*"[96].

Eis aqui, em seus três aspectos fundamentais, o grande princípio da igualdade cristã: para Jesus Cristo não há *nacionais* e *estrangeiros*, porque a pátria celestial é uma só; não há livres e escravos, porque todos são irmãos; não há diferença entre *homem* e *mulher*, porque ambos se completam, reciprocamente, na obra da criação.

---

96 *Epíst. aos Gálatas*, Cap. III, *in fine*, 28.

A influência destes princípios sobre a sociedade, em geral, concorreu poderosamente para elevar a mulher a uma situação eminente em todas as manifestações de suas qualidades de espírito e de coração.

Abra-se a *História da decadência e da queda do Império Romano*, de Eduardo Gibbon, passe-se uma ligeira vista sobre os nomes de *Justina*, *Pulquéria*, *Eudóxia* e *Placídia* e ter-se-á a prova evidente de como a educação cristã avigorou o espírito dessas mulheres, preparando-as para os mais altos cometimentos da vida pública.

Justina, mãe de Valentiniano II, governou a Itália, em nome de seu filho, com coragem e prudência.

No seu dissídio com Santo Ambrósio, arcebispo de Milão, relativamente à posse das igrejas, se houve com moderação e dissimulou, com admirável superioridade, o revés sofrido diante dos seus próprios sectários, oferecendo ao grande sacerdote a oportunidade de conquistar a glória, como diz Gibbon, de "*salvar os seus inimigos pessoais das mãos de uma multidão em furor*"[97].

Pulquéria, filha de Arcádio, governou o Oriente, em nome de seu irmão Teodósio II, realizando verdadeiros prodígios na administração pública.

Construiu templos magníficos em todas as províncias orientais, distribuiu pelos centros de maior população casas de caridade para abrigo de pobres e estrangeiros, deu demonstrações públicas de caridade e amor aos desamparados e tudo isto realizava sem prejuízo dos deveres da administração do Estado, da educação literária e científica do irmão, dos cuidados imprescindíveis aos interesses dos seus súditos, dirigindo tudo, tratando de tudo sem ostentação, sem alarido e atribuindo ao irmão todos os mais notáveis atos de sua administração[98].

---

97 Cit. *Hist. da dec. e da queda do Imp. Rom.* – Cap. XXVII, pág. 658, I vol.

98 Os romanistas, quando tratam de averiguar qual o autor da *Lei das Citações* (vide I vol., L. I, T. III), vacilam em atribuí-la a Teodósio II, pela circunstância de ser este imperador ainda muito criança ao tempo da sua promulgação (426), quando parece indiscutível tratar-se de mais uma evidente manifestação do gênio administrativo da gloriosa neta de Teodósio, o Grande, a quem também se deve atribuir a constituição de 429, ponto de partida da organização do *Código Teodosiano.*

Eudóxia, a bela e ilustrada Atenais, filha de Leôncio, filósofo ateniense, educada por seu pai nas belas-artes e nas ciências, foi a mulher que Pulquéria destinou para companheira de seu irmão no trono do Oriente, depois de fazê-la renunciar os erros do paganismo e receber o batismo cristão com o nome de *Eudóxia*.

Mulher de talento e sinceramente devotada à fé cristã, empregou esse talento em trabalhos literários[99] sobre temas da religião que adotara.

A sua peregrinação à *Terra Santa*, onde deixou traços acentuados de sua piedade em monumentos, cuja munificência ultrapassou a de Santa Helena, foi a causa, talvez, das suas desditas e de sua volta e exílio, durante 10 anos, em Jerusalém, onde veio a falecer, mas, revelando durante esses 10 anos a grandeza de sua alma e a santidade dos princípios que lhe inflamavam o coração.

Placídia, mãe de Valentiniano III, dirigiu os destinos do Ocidente, durante trinta e cinco anos, como representante de seu filho, que havia recebido o título de augusto desde os 6 anos de idade.

Os exemplos de Pulquéria e Eudóxia incitaram-na a manter a administração com segurança e boa fé.

Sem os requisitos de espírito dessas duas notáveis mulheres, Placídia cometeu alguns erros, como o de abrir luta com o seu bravo e honesto general Bonifácio; mas, como cristã, penitenciou-se desses erros e voltou-se novamente para ele, talvez pela influência de Santo Agostinho, que admirava a piedade cristã do militar, como o povo e os seus soldados admiravam a integridade de caráter e a inflexibilidade de sua justiça.

O governo desta mulher, foi um triunfo para a sua capacidade administrativa, pois, teve de enfrentar formidáveis invasões estrangeiras, principalmente dos vândalos e dos hunos, para conservar os restos do Império do Ocidente, que resistiu ainda durante 20 anos, mas, na frase de Gibbon,

---

99 Os historiadores atribuem a Eudóxia a composição de uma paráfrase poética sobre os oito primeiros livros do Antigo Testamento e profecias de Daniel e Zacarias, bem como grande número de adaptações de versos de Homero à história da vida e dos milagres de Jesus Cristo e o panegírico de seu marido, após a vitória contra os persas.

somente para sobreviver "à sua liberdade, à sua honra e à sua virtude"[100].

Eis aí como o Cristianismo, depois de ter feito desaparecer a *confarreatio* e a *coemptio* e, com elas, o poder marital que se manifestava pela forma opressora da *manus*, elevou a mulher à altura a que atingiram as mães de Valentiniano II e III, a filha de Arcádio e a mulher de Teodósio II, sem, todavia, esquecer que a esposa depende de seu marido, porém, depende por amor e pelos vínculos recíprocos da dedicação, nunca pela violência ou pela tirania, como no tempo do paganismo.

E essa elevação da mulher, preciso é que se diga, não era somente da lógica da doutrina, mas, também, a recompensa do zelo, da dedicação e da intrepidez com que as mulheres trabalhavam na propagação das idéias e dos sentimentos cristãos, pois, como brilhantemente disse Chateaubriand, "as mulheres reivindicaram a independência do seu sexo, desde o momento em que, sozinhas, se prostraram ao pé da cruz".

As prisões – As medidas coercitivas das violências aos interesses privados e necessárias à defesa da ordem pública tiveram, em Roma, a sua evolução perfeitamente caracterizada na história das instituições sociais.

A princípio, a *coercitio*, ou o poder outorgado ao magistrado de prevenir delitos e punir os delinqüentes, era discricionária, exercida sem preceito legal algum e submetida unicamente ao arbítrio de quem a desempenhava.

A vingança da ordem privada era o critério para a *pena* da ordem pública.

Ambas estas manifestações do poder punitivo fundiam-se no mesmo pensamento, porque vinham da mesma origem.

A própria palavra *poena* significava o pagamento ou a compensação pecuniária do direito privado, ao passo que a palavra *multa* correspondia à indenização pecuniária de caráter público[101].

Mais tarde, os dois conceitos se confundiram e, ainda hoje, na tecnologia jurídica, as expressões pena e multa são empregadas, ora como significando a retorsão legal contra a ação ou omissão especificada em lei, ora como o objeto, o conteúdo, o próprio valor do dano resultante da ação ou omissão.

As penas aplicáveis aos delinqüentes e o sistema punitivo em

---

100 *Op. cit.* Cap. XXXIII, *in fine* (1º vol.).

101 T. Mommsen – *Staatrechts* – L. IV, Cap. II.

Roma experimentaram a influência das idéias cristãs, por forma clara e positiva.

As penas, quer militares, quer comuns, como a *decollatio*, a *fustuarium*, a *deportatis*, a *infamia* e tantas outras[102], ou eram de uma crueldade revoltante, ou de uma desproporção manifesta ao delito punido, sem falar nas exceções legais em benefício de certas classes de delinqüentes.

Mas, este estado de cousas tinha de modificar-se através do tempo e do influxo da orientação dominante no Baixo Império[103].

---

102 Frederick Wines – *Punishment and Reformation* – pág. 50 –, citado pelo professor Esmeraldino Bandeira – *Direito Penal Militar* – Cap. XIII, pág. 442, indica vinte e oito penas comuns. Entretanto, segundo a enumeração dos próprios jurisconsultos romanos – *Claudius Saturninus* e *Calistratus* – *Dig.* – *de poenis* – L. 48, T. 19, fr. 16 e 28 – o número era muito maior. Mommsen – no seu *Direito Penal Romano*, tradução de P. Dorado – 2º vol. Livro IV – classifica os delitos do Direito Penal Romano nos onze grupos seguintes: 1º – Delitos contra o Estado (*perduellio, crimen majestatis imminutae*); 2º – Heresia; 3º – Homicídio (*parricidium, crimen inter sicarios*); 4º – Coação (*vis*); 5º – Falsidades e astúcias (*moeda falsa, prevaricação, peita, suborno, estelionato, etc.*); 6º – Delitos sexuais (*incesto, adultério, estupro, lenocínio, bigamia, etc.*); 7º – Concussão (*repetundis*); 8º – Apropriação indébita (*furtum, sacrilegium, peculatos, plagium*); 9º – Lesões pessoais (*injúria, infâmia*); 10º – Dano à propriedade (*incêndio, derrubadas das árvores, animais soltos*) e 11º – Abuso dos direitos (*usura, ambitus sodalicia, jogos, adivinhação, etc.*).

103 Não podemos subtrair-nos, tratando deste assunto, ao prazer de aqui transcrever algumas palavras de Tobias Barreto sobre o fundamento jurídico da pena – "Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra. Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a idéia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica. Em resumo, todo o direito penal positivo atravessa regularmente os seguintes estágios: primeiro, domina o princípio da *vindicta* privada, a cujo lado também se faz valer, conforme o caráter nacional, ou etnológico, a expiação religiosa; depois, como fase transitória, aparece a *compositio*, a acomodação daquela vingança por meio da multa pecuniária, e, logo após, um sistema de direito penal público e privado; finalmente, vem a domínio do direito social de punir, estabelece-se o princípio da punição pública." – *Estudos de Direito*, pág. 178. – Eis aí é o sábio mestre quem, não obstante assegurar que "a religião é o que há de mais alheio à vida jurídica," admite a intervenção da expiação religiosa – com um valor apreciável, ao lado da *vindicta* privada, para explicar o direito de punir.

A idéia de vingança privada teve de encontrar embaraços insuperáveis nas leis e nos exemplos da Igreja.

A sociedade, inspirada pela moral cristã, compreendia, com exatidão, a necessidade da pena, que lhe era imposta pela necessidade de aperfeiçoar o criminoso.

Não era uma *vingança*, porque esta é o fundamento do *talião* e o *talião* é o contrário do espírito cristão e às próprias e insofismáveis palavras do Evangelho. "Tendes ouvido que se disse: olho por olho, dente por dente. Eu, porém, vos digo que não resistais ao mal; mas, se alguém te ferir na tua face direita, oferece-lhe também a outra. E ao que quer demandar-te em juízo e tirar-te a tua túnica, larga-lhe também a capa. Tendes ouvido que se disse: Amarás ao teu próximo e aborrecerás ao teu inimigo. Eu, porém, vos digo: Amai aos vossos inimigos, fazei bem aos que vos têm ódio e orai pelos que vos perseguem, e vos caluniam..."[104]

Preceitos, como estes, se não chegaram ao perdão completo[105], provocavam profundas modificações nos costumes e nas leis penais, principalmente no que dizia respeito à *proporcionalidade entre a pena e o delito, humanidade na sua aplicação, igualdade dos delinqüentes perante a lei, respeito aos condenados, regime das prisões,* etc.

Abra-se o Código Teodosiano e vejam-se as constituições do L. IX, T.T. 1º, 3º, 4º, 7º, 10º, 16º, 40º e 46º e ter-se-á a prova de como as idéias cristãs foram se acentuando no sentido das modificações indicadas, logo após o advento do governo de Constantino.

Os condenados às minas, por exemplo, eram assinalados na face.

---

104 São Mateus – Cap. V – Sermão da montanha – v.v 38 a 44 – "Para os judeus a palavra *próximo* compreendia só os que eram da mesma nação ou prosélitos. Todos os mais eram para eles estranhos e inimigos – porque eram idólatras –, e, como tais, objeto do mais profundo ódio de raça. Deste ódio nacional eram apenas excetuados os idumeus e os egípcios (Veja *Deut.* 23,7). As passagens da lei, que preceituam o amor aos inimigos, referem-se só às relações sociais dos judeus entre si. O Cristianismo, como religião *universal*, exige necessariamente outro espírito." – D. Fr. Joaquim de Nossa Senhora do Nazaré – *Os Quatro Evangelhos* – 1 vol. – pág. 18 – not. Os v.v. citados.

105 Vide *A parábola do mau servo* – cit. S. Mateus – Cap. XVIII, v.v. 23 e seguintes.

O primeiro imperador cristão proibiu, porém, esta crueldade, porque sendo o rosto formado à imagem de Deus, não deve ser manchado com um sinal infamante[106].

Constantino II, Constâncio e Constans publicaram duas constituições, em 340 e 353, proibindo maus-tratos aos presos, abolindo os grilhões de ferro e cadeias insuportáveis, mandando dar luz e ar aos calabouços, evitando, assim, que se tornassem lugares mortais, e determinando a separação dos sexos nas prisões[107].

Graciano, Teodósio I e Valentiniano II, nas vésperas do Concílio de Constantinopla, publicaram, também, duas constituições, ordenando a maior celeridade nos processos e julgamentos de réus presos, estabelecendo os deveres dos carcereiros para com os detidos, proibindo as prisões arbitrárias e só permitindo as ordenadas pelos magistrados[108].

Valentiniano II, em 382, mandou que as penas de suplício só fossem executadas com um intervalo de 30 dias, a contar da condenação, e em 385 concedeu aos juízes a faculdade de soltar presos, a seu arbítrio, durante a Páscoa[109].

Honório e Teodósio II instituíram em 409 as visitas às prisões pelos juízes, aos domingos, fazendo sair os presos dos seus calabouços, informando-se do que carecessem e mandando melhorar a alimentação e observar preceitos de higiene, sob pena de pagamento de *vinte libras de ouro* e sujeitos à vigilância dos antístites da religião cristã[110].

Zênon proibiu absolutamente em qualquer lugar do Império e a quem quer que fosse ter cárcere privado e ordenou a mais severa vigilância e repressão deste delito, classificando como lesa-majestade a tolerância dos governadores e prefeito augustal para com os que violassem esta lei[111].

---

106 *Cód.* L. IX, T. 47, const. 17 – "*Si quis in metallum fuerit pro criminum deprehensorum qualitate damnatus, minime in ejus facie scribatur, cum et in manibus et in suris possit poene damnationis una scriptione comprehendi, quo facies, quoe ad similitudinem pulchritudinis coelestis est figurata, minime maculetur*".

107 *Cód.* L. IX, T. IV, consts. 1ª e 2ª.

108 *Cód.* cits. L. IX, T. IV, consts. 5ª e 6ª.

109 *Cód.* cits. L. I e T. IV, const. 3ª.

110 *Cód.* cits. L. I e T. IV, const. 9ª.

111 *Cód.* cit. L. IX, T. V, consts. 1ª e 2ª.

Um ligeiro estudo sobre a evolução da pena de morte mostrará, também, as modificações operadas pela influência das idéias cristãs.

A *poena capitis*, o *supplicium*, a *crucifixio*, a *strangulatio*, cuja crueldade era manifesta, tiveram, no decorrer dos governos de imperadores cristãos, atenuações, quer na sua aplicação, quer na sua execução.

A crucificação foi abolida por Constantino[112] e por ele também foram proibidos os espetáculos sangrentos e de gladiadores[113].

Valentiano I vedou o uso de armas sem consentimento do Príncipe[114].

Enfim, as idéias cristãs, com fundamento na fraternidade universal e, por isto, visando o progresso social pela proteção aos fracos, pelo apoio aos desamparados, pelo auxílio aos infelizes, chegaram ao governo de Justiniano vencedoras e triunfantes, penetrando todas as camadas sociais e refletindo-se em todas as manifestações da vida jurídica, política e econômica do império[115].

Sucessões hereditárias – O Direito das Sucessões quer da *testamentária*, quer da *legítima* ou *ab intestato*, atravessou em Roma três fases distintas: a dos tempos primitivos, cujas regras foram formuladas pelo gênio romano ou adaptadas das leis de *Sólon*, de *Bocchoris* e dos Códigos de Amasis e de Hamurábi; – a segunda que se apresentou como a obra valiosíssima da tríplice contribuição do *edito do Pretor*, das constituições imperiais e das respostas e comentários dos jurisconsultos – e, finalmente, a última, que proveio das reformas radicais operadas por Justiniano.

Na primeira fase, as regras foram consignadas na Lei das XII Tábuas, a começar pela sucessão testamentária, com aquela frase, já tantas vezes repetida, – "uti legassit super pecunia tutelave suoe rei, ita jus esto"[116].

---

112 *Cód.* Teod. – L. IX, T. XLI, const. 1ª.

113 *Cód.* L. XI, T. XLIII, const. única.

114 *Cód.* L. XI, T. XLVI, const. única.

115 Sobre a evolução do Direito Penal em Roma, veja-se a citada obra de Mommsen – *Direito Penal Romano* – vol. 2º – em que estuda profundamente *os delitos em particular e as penas*, mostrando como essa evolução se operou sob os governos dos imperadores, a partir de Constantino.

116 Tábua V, 3.

Consagrando a liberdade de testar, a lei decenviral encarnava, praticamente, na pessoa do chefe de família, o poder dominical absoluto, de que ele era o árbitro inconteste.

Daqui a reação que se operou em toda a evolução do Direito Romano contra esta liberdade, que, se por um lado, prestigiava a autoridade do *pater familias*, habilitando-o a premiar os que mais lhe merecessem na própria casa ou fora do seu lar, por outro lado, outorgava duro poder que podia tornar-se um meio perigoso para a economia da família e um instrumento de crueldade contra aqueles mesmos que haviam contribuído para a formação do patrimônio que devia ser objeto das disposições testamentárias.

Com o correr dos tempos às *formas dos testamentos* e à *testamento factio activa* foram impostas exigências de tal ordem que, embora a supremacia da sucessão *testamentária* sobre a *ab intestato* continuasse na lei, as dificuldades da prática invertiam, na realidade, as situações, dando a primazia à sucessão estabelecida como supletória.

O Pretor e os Prudentes por meio da *querella inofficiosi testamenti* chegaram à instituição da *legitima porfio*, pois, para motivar a rescisão do testamento, conforme diz Marciano[117], recorriam à suposição de que os testadores não se achavam em perfeito estado de sanidade mental, se, com sacrifício dos deveres impostos pelo amor paterno, ordenavam seus testamentos em favor de estranhos, ainda que, de fato, gozassem das faculdades intelectuais necessárias para esse ato.

As leis *Fúria, Vocônia* e *Falcídia*, todas da República[118], procuraram coarctar a liberdade plena de testar, estabelecendo, a primeira, que ninguém pudesse receber por testamento mais de *mil oes*, a segunda, que nenhum legado excedesse a *quota do herdeiro* e a última que autorizava a qualquer herdeiro instituído a não pagar legados que ultrapassassem *três quartos da herança* ou da porção da herança por ele recolhida.

---

117 *Dig.* – L. V, T. II, fr. 2º – "*Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarint et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*".

118 A primeira do ano 183, a segunda de 169 e a terceira de 40, antes de Cristo.

Mas, estas restrições foram ditadas, não pelo interesse dos herdeiros legítimos, mas, sim, como dizem as *Institutas* de Justiniano[119], no próprio interesse dos testadores, pois, morriam muitas vezes intestados, por se recusarem os herdeiros inscritos a adir a herança, quando não viam na adição vantagem alguma ou esta era insignificante.

Quanto às pessoas a quem competia a *querela*, a princípio eram admitidas somente os *descendentes*, ao tempo de Ulpiano já certos *cognados* encontravam embaraços sérios e a partir de Constantino somente aos irmãos germanos e consangüíneos se concedia, na ordem dos colaterais, aquela ação e, assim mesmo, era preciso que a instituição que servisse de objeto à *querela* tivesse sido feita em favor de pessoa vil – "*persona quoe infamia vel turpitudinis vel levis notoe macula adspergitur*".

Ao tempo de Justiniano profundas e salutares foram as modificações introduzidas.

Começou pela criação da ação chamada, indiferentemente, *completória*, *expletória*, ou *supletória*, que visava a paga do que faltasse para atingir à legítima, ficando a *querela*, unicamente, para o caso de exclusão completa do herdeiro legítimo.

Pela *Novela CXVIII*, a *legitima portio* foi elevada a *um terço*, até quatro filhos, à *metade*, sendo maior o número destes, observada sempre a igualdade na divisão[120].

O direito de fazer testamento experimentou também a influência das idéias cristãs; haja vista, especialmente, o que diz respeito aos *cegos* e aos *surdos* e *mudos*.

Os cegos não podiam exercer esse direito, embora não houvesse disposição legal alguma proibitiva, o que levou Paulus a afirmar que – "*Coecus testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes*"[121].

---

119 *Inst.* L. II, T. XXII, pr.

120 Esta Novela está dividida em Prefácio, XI Capítulos e Epílogo, tratando os três primeiros Capítulos da *sucessão testamentária*, o quarto e quinto da *sucessão ab intestato* dos netos pela linha materna e das concubinas e filhos naturais. As demais disposições tratam de assuntos correlatos, diversos.

121 *Setentiarum Receptarum* – L. III, T. IV a), § 4º.

Esta opinião do eminente jurisconsulto teve larga influência e dominou até que o Imperador Justino baixou uma constituição, formulada, esclarecida e confirmada por Justiniano[122], na qual ficou definitivamente resolvido o assunto, estabelecendo-se expressamente a faculdade do cego fazer *testamento nuncupativo*, como até então, mediante regras especiais para assegurar a legitimidade do ato, como, além das sete testemunhas, a presença do *Tabularius* e as demais solenidades.

Mas, não ficou aí o grande reformador e, considerando que muitas vezes o pensamento da morte turba a fragilidade humana e a vontade não pode manifestar-se por meio da memória[123], facultou também aos cegos mandar escrever os seus testamentos ou codicilos, cercando-os, porém, de formalidades garantidoras de sua legitimidade e autenticidade, de maneira a não oferecerem dúvida alguma.

Os surdos e mudos não podiam testar, mesmo ao tempo do direito clássico, como afirma o grande Ulpiano[124]. Justiniano, porém, distinguiu surdos e mudos de nascença e surdos e mudos por enfermidade ou acidente.

Os primeiros eram incapazes, pelas razões dadas por Ulpiano; aos segundos foi concedida a capacidade, sendo que aos mudos para testar por escrito e aos surdos por qualquer das formas ordinárias[125].

A deserdação dos filhos foi objeto de uma larga evolução.

Pela Lei das XII Tábuas, uma vez que o pai de família podia dispor livremente dos seus bens, não havia *legitima portio.*

Só com a introdução desta foi que a deserdação, logicamente, teve de aparecer, pois, admitida a idéia de co-propriedade entre pais e fi-

---

122 *Cód.* L. VI, T. XXII, const. 8ª.

123 Cits. *Cód.* L., T. e const. – "... *At cum humana fragilitas mortis proecipue cogitatione turbata minus memoria possit res plures consequi, patebit eis licentia volutatem suam sive in testamenti vel in cadicilli tenore compositam cui velint scribendam credere...*".

124 *Fragmenta Libri Regularum* – T. XX, § 13 – "Mutus, surdus, *furiosus, itemque prodigus cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest...*"

125 Cits. *Cód.* L. e T., const. 10ª. – *Institutas* – L. II, T. XII, § 3º.

lhos sobre os bens da família, o falecimento fazia com que os seus herdeiros continuassem a propriedade que já tinham e, daqui, a denominação de *heredes sui* àqueles a quem competia inicialmente o direito de suceder.

Assim, a instituição de um estranho, por si só, não bastava para privar os *heredes sui* dos seus direitos, era preciso uma declaração formal do testador despojando-os desses direitos[126].

Iniciada ao tempo da formação fundamental do *jus civile*, a deserdação tomou nova feição no *jus proetorum* e foi, afinal, profundamente modificada ao tempo de Justiniano.

Por *direito civil* havia notáveis diferenças entre os filhos e demais descendentes; por *direito pretório* muitas destas diferenças foram abolidas, principalmente para os efeitos da deserdação por designação individual (*nominatim*) e por forma coletiva ou termos gerais (*inter coeteros*); por *direito justiniâneo* foram simplificadas as formas de deserdação, proibidas as denominadas *inter coeterus* e suprimido o *jus accrescendi ad certam portionem* das filhas e netos, pois, a omissão de qualquer destes importava a anulação do testamento.

Na *Novela CXV*, capítulos III e IV, fixou Justiniano taxativamente as causas legítimas de deserdação dos descendentes pelos ascendentes e destes por aqueles, figurando, na primeira classe, 14 causas, e, na segunda, oito.

Na *Novela XXI*, capítulo XLVII, seguiu-se o mesmo critério em relação à deserdação de irmãos entre si, estabelecendo apenas três causas.

Mas, quer naqueles, quer neste caso, exigia que a causa fosse expressa no testamento e que o herdeiro instituído provasse a legitimidade da deserdação.

Se da sucessão testamentária passarmos à sucessão *ab intestato*, a prova da influência das idéias cristãs sobre o instituto é decisiva e inatacável.

---

126 *Heredes sui* eram todos os que se achavam sob o pátrio poder – Ulpiano – cit. *Fragmenta Regularum* – L. XIII, § 14 – assim os define e enumera – "Sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi. *Sui autem heredes sunt liberi quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor quae in manu est, et nurus quae in manu est filii quem in potestate habemus.*

Como na testamentária, as regras sobre a sucessão *ab intestato* atravessaram as três fases ali assinaladas: a do *jus civile*, a do *jus proetorum* e a das *Novelas CXVIII* e *CXXVII*.

No regime da Lei das XII Tábuas, o fundamento da sucessão estava no poder oriundo do *parentesco civil, aristocrático* e *sui generis*, e não na força do *parentesco natural, humano* e *comum*.

Daqui a ordem da vocação hereditária: 1º – *heredes sui* (*liberi* – filho, filha, neto e neta e mais descendentes pelo lado masculino, inclusive os adotivos, contanto que estivessem sob o pátrio poder do *de cujus*, – *uxor in manu* – a mulher do *de cujus*, do filho, neto, etc., enquanto estivessem sob aquele poder); 2º – *adgnatus proximus* (os parentes que *per virilis sexus personas conjungitur*, isto é, aqueles que, se o chefe de sua família vivesse, estariam sob o seu poder); e 3º – *gentiles* (os que provinham de um tronco ancestral comum, nunca sofreram *captis deminutio* e traziam o mesmo nome de família).

Esta ordem de sucessão *ab intestato* foi modificada pelo direito pretoriano, por alguns senatusconsultos e constituições imperiais, estabelecendo-se uma segunda fase de direito aplicável à espécie.

Nesta segunda fase, introduziram os pretores no regime: a *bonorum possessio unde liberi*, que consistia em fazer com que os herdeiros por direito pretório concorressem, não propriamente à herança, mas, à posse dos bens desta com os herdeiros por direito civil; a *collatio bonorum*, que era o meio pelo qual o descendente *sui juris* entregava os bens que havia adquirido, fora da casa paterna, à massa dos bens hereditários, a fim de poder participar da distribuição do patrimônio formado pelo ascendente comum com a cooperação dos *heredes sui*[127]; a *bonorum possessio unde cognati*, que colocava os descendentes provindos de filhas em terceira ordem na sucessão de avô materno, etc.

Os Imperadores Teodósio, Arcádio e Valentiniano fizeram cessar, em parte, esta diferença, equiparando os descendentes, pelo lado feminino e pelo lado masculino, no mesmo grau e em igual ordem de sucessão,

---

127 Veja-se, para melhor compreensão, o que ensinam Ulpiano, Paulo e Juliano no *Dig.* L. XXXVII, T. VI, ff. 1, 2 e 3.

embora com certas diminuições na porção hereditária que teria de tocar aos filhos de filhas.

Pela Lei das XII Tábuas a mãe estava excluída da sucessão *ab intestato* de seus filhos, salvo quando *in manum mariti*, porque ficava *in loco filiae* e era, em relação aos seus filhos, considerada *in loco sororis* e, portanto, agnada deles e do marido.

O direito pretório, porém, concedeu-lhe a *bonorum possessione unde cognati accommodata* –; o senatusconsulto Tertuliano[128] foi além e, mediante certas condições, outorgou à mãe o direito de suceder a seus filhos – *plenissime de tristi successione matre deferenda cautum est* –, mas, não o estendeu às avós – *non etiam avitae.*

Da mesma sorte, pela Lei das XII Tábuas as mulheres não tinham *heredes sui* e a sua sucessão se dava por agnação; somente quando a mulher se achava *in manu mariti* os seus filhos lhe sucediam, não como *heredes sui*, mas, como *agnati.*

O senatusconsulto Orficiano[129], porém, para estabelecer a recíproca do Tertuliano, firmou o direito dos filhos à sucessão materna em primeira ordem, com preferência a todos os demais agnados.

Não precisamos ir mais adiante para mostrar o estado do Direito das Sucessões nos dois períodos: o da Lei das XII Tábuas e do Direito Civil, formado com assento nas suas disposições, e o do Edito do Pretor e do Direito Pretório, organizado com a contribuição do elemento científico, exatamente para que, na frase de Papiniano[130], fosse *ajudado, suprido e corrigido o direito civil em atenção à utilidade pública.*

Mas, a contribuição do elemento científico não obedecia a sentimentos e ao intuito de remodelar os fundamentos das relações de família, mas, tão-somente às conveniências econômicas em luta com a tradição aristocrática de um povo que se julgava o melhor organizado do mundo, exatamente pela influência dos princípios tradicionais nas relações de família.

---

128 Foi promulgado ao tempo de Antonino Pio.

129 Promulgado ao tempo de Marco Aurélio, vinte anos depois do Tertuliano.

130 *Dig.* L. I, T. I, fr. 7.

Entretanto, quando as conveniências políticas e econômicas começaram a ceder a primeira à voz da natureza; quando os imperadores cristãos, inspirados nas sábias e salutares leis do Evangelho e, de ouvidos atentos, escutavam o clamor da sociedade, já aperfeiçoada pela doutrina do amor e da caridade fraternal, nota-se uma série de reformas que, de avanço em avanço, chegaram à mais completa e à mais perfeita sistematização do regime da sucessão legal hereditária com o glorioso Imperador Justiniano.

As constituições de Constantino sobre a sucessão das mães que não tivessem o *jus liberorum,* – de Valente sobre a sua preferência aos irmãos consangüíneos emancipados, – de Placídia, legislando em nome de Valentiniano III, abolindo as restrições das constituições de Constantino e Valente, mas, para assegurar às mães, que tivessem ou não o *jus liberorum,* dois terços de herança quando concorressem com filhos, netos ou irmãos, foram preparando o terreno para o golpe final na distinção de *parentesco agnatício* e *cognatício,* com suas linhas, graus e outras diferenças.

A sucessão dos libertos oferece também provas evidentes da influência da legislação cristã sobre a própria legislação e doutrina dos áureos tempos dos mais ilustres jurisconsultos.

No regime da Lei das XII Tábuas, feita a distinção entre *liberto* e *liberta,* àquele cabia a livre disposição por testamento, mas, na sucessão *ab intestato,* a ordem dos herdeiros estava subordinada ao fato da manumissão e era de dupla categoria – 1ª *heredes sui* (filhos, inclusive adotivo e *uxor conventa in manum*) – 2ª o patrono e os filhos deste. À *liberta* não concedia a lei *heredes sui,* ocupando o patrono a primeira ordem, como agnado, nem o direito de testar sem autorização do patrono, porque estava sob a tutela deste.

No Direito Pretoriano modificou-se em parte a faculdade de testar, não podendo fazê-lo livremente, mas, tão-somente até metade de seu patrimônio, competindo ao patrono a *bonorum possessio contra tabulas* em relação a outra metade.

Na sucessão *ab intestato* os filhos ocupavam o primeiro lugar quando nascidos *ex justis nuptiis,* excluindo quaisquer outros herdeiros, inclusive os filhos adotivos, a *uxor in manum* e o patrono, mas, concedia-se a estes, na falta daqueles, metade da herança.

A Lei Pápia Popéia introduziu várias modificações no regime da sucessão dos libertos e uma constituição de Trajano, modificada depois por Adriano, ampliou os efeitos das regras dominantes relativamente aos *latinos junianos* e aos *libertos dedifícios*, recusando-se a estes a *testamentificactio*.

Ao tempo de Justiniano foram abolidas as distinções entre *patronus* e *patrona* e *libertus* e *liberta*, dando-se, na ordem da vocação hereditária, preferência aos filhos do liberto, ainda que nascidos *in servili conditione*, contanto que estivessem livres ao tempo do falecimento do pai. Na ausência de filhos, vinham os ascendentes e irmãos; depois destes os patronos ou seus filhos e, em último lugar, o cônjuge sobrevivente.

Eis, em linhas gerais, o direito em vigor ao tempo em que Justiniano entendeu remodelar completamente o regime dominante por meio de suas célebres *Novelas 118* e *127*, com as quais lançou, na frase de Troplong, "os fundamentos de um sistema tão notável por sua novidade e unidade, como pelas tendências humanas que realizou". Por ele não havia distinção entre parentes *agnados* e *cognados*: a consangüinidade e *uterinidade* não tinham preferência, uma sobre a outra.

Os *descendentes* e *ascendentes* sucediam-se na ordem legal, não porque houvesse entre eles o *pátrio poder*, mas, porque corria em suas veias o mesmo sangue e bradava-lhes no coração a mesma voz da natureza.

O *sexo* não melhorava, nem piorava a situação dos herdeiros, porque as linhas masculina e feminina eram perfeitamente idênticas nos seus direitos. Os *descendentes* preferiam, até o infinito, aos *ascendentes*, e estes aos *colaterais*, vindo os mais próximos antes dos mais remotos[131].

Simples, justa e lógica, a sucessão *ab intestato* formulada por Justiniano dominou todos os sistemas que lhe opuseram e triunfou sobre os interesses da aristocracia da Idade Média, sobre a força dominadora do feudalismo, sobre as inovações libertárias da revolução francesa e penetrou

131 O sistema de Justiniano é tão simples e tão claro que chegou a sugerir a um poeta, até hoje desconhecido, a formulá-lo nestes versos:

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens propior, germanus filius ejus.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

na legislação de quase todos os povos, onde ainda persiste e desafia o ataque dos demolidores dos monumentos da civilização antiga[132]. Mas, por que assim aconteceu e por que assim continua a dominar, em suas bases fundamentais, o sistema do Imperador Justiniano?

"No século VI", diz Troplong, "todas as molas da antiga civilização estavam definitivamente gastas ou quebradas: os estudos gregos, que haviam polido Roma e formado os seus grandes gênios, estavam extintos devido à supressão da célebre escola de Atenas[133], pátria literária de Cícero e Horácio. O politeísmo exalava o seu último suspiro com a morte voluntária do último representante, o patrício Fócio[134]. Na ordem política, a aristocracia romana havia descido todos os degraus e a sua imagem, por toda parte obliterada, havia cedido o lugar à igualdade de obediência sob o despotismo de um só. Ela, que havia imposto o seu espírito exclusivo e tenaz às instituições religiosas, políticas, civis e domésticas, sem querer excetuar cousa alguma, achava-se expelida de todos os pontos.

"No meio desta dissolução, um só elemento se conservava de pé: – era o Cristianismo. Os seus progressos e os seus grandes homens de sobejo dizem qual foi a sua energia. Que é feito das ciências em Alexandria, em Barito? São apenas as servas da teologia! Qual é, de então em diante, o caráter das leis? Lede os primeiros títulos do Código Justiniano – *de summa Trinitate, – de Episcopis et Clericis!*

"Qual é a ocupação favorita do príncipe? Discutir às matérias eclesiásticas e aplicar a elas o seu espírito ativo e sutil[135]. É, pois, do Cris-

---

132 O sistema formulado por Justiniano nas *Novelas 118* e *127* está incorporado, com algumas modificações, a quase todos os Códigos Civis, hoje em vigor, predominando em todas as duas primeiras ordens de herdeiros – descendentes e ascendentes, variando alguns, daí em diante, na ordem dos colaterais e do cônjuge sobrevivente, mas, dando preferência ao parentesco legítimo sobre o natural e civil. Veja-se a resenha feita por Clóvis Bevilácqua – *Cód. Civil Comentado* – vol. 6º, not. (ligislação comparada) ao art. 1.603 –, págs. 51 a 55.

133 Foi Justiniano quem a suprimiu em 529 – Vid. Gibbons – *op. cit.* – VII, pág. 316.

134 Gibbons – *op. cit.* – IX, pág. 76.

135 Gibbon – *op.* e loc. cit. – pág. 71 e seguintes.

tianismo que parte o movimento, quer na ordem moral, quer na ordem política.

"Ora, se é verdade que uma época recebe do elemento que a domina o princípio de suas modificações, não procuremos fora do Cristianismo a causa principal das transformações a que acabamos de assistir. É ele que decompõe e cria e que, ao lado do dissolvente, coloca os elementos de reorganização."[136]

Não há argumentos, não há fatos, não há autoridades que possam desviar a verdade do seu curso legítimo e natural: o Direito Romano, não obstante toda a sua grandeza e esplendor da época clássica, só conseguiu renascer e impor-se a todos os povos depois que, a partir de Constantino, as idéias cristãs começaram a contribuir, com vigorosíssimos elementos, para deslocá-lo do ponto de vista *egoístico* e estreitamente *nacional*, em que o haviam colocado o *orgulho* e a *força* dominadora de um povo, para o ponto de vista *altruístico* e caracteristicamente *universal*, em que o remodelaram a fraternidade e a *abnegação* do humanismo cristão.

Não é, portanto, um exagero de historiador, nem obsessão de um crente, o afirmar que foi o batismo cristão que revestiu o Direito Romano desse caráter universal, dessa prodigiosa penetrabilidade, dessa autoridade vigorosa que fê-lo expandir-se e dominar como a mais perfeita e a mais duradoura das obras humanas.

As grandes compilações de Justiniano e os seus trabalhos posteriores, melhorando e corrigindo a legislação codificada, revelam a definitiva cristianização do Direito Romano e constituem a prova decisiva deste asserto: o Direito Romano, subsidiário da legislação de todos os povos civilizados e modelador dos institutos jurídicos reclamados pelas necessidades da vida prática, é, sem dúvida alguma, um produto genuíno da civilização latina, porém, aperfeiçoado pela influência benéfica e salutar do Cristianismo. Para asseverá-lo não é preciso ser amigo de Jesus Cristo, basta que se não seja inimigo da verdade.

---

136 Troplong – *op. cit.* – Part. II, Cap. XI.

Título II

EDICTUM THEODORICII. BREVIARIUM ALARICIANUM. LEX BORGUNDIONUM. BASILICAS. NOVELLAE LEONIS

SUMÁRIO – A *SEGUNDA INVASÃO BÁRBARA* NA ITÁLIA (*OSTROGODOS*), NA IBÉRIA (*VISIGODOS*) E NA GÁLIA ORIENTAL (*BORGÚNDIOS*). O DIREITO DOS INVASORES COMPARADO AO DIREITO ROMANO. O IMPERADOR TEODORICO, O GRANDE. A ORGANIZAÇÃO PELOS GODOS DOS DOIS CÓDIGOS – *EDICTUM THEODORICII* – E – *BREVIARIUM ALARICIANUM* – SUBSÍDIOS QUE LHES FORAM PRESTADOS. A *LEX BORGUNDIONUM* – OU – *PAPIANI REPONSUM* – ERRO DE CUJACIUS. O IMPERADOR BASÍLIO MACEDO E OS SEUS TRABALHOS DE CODIFICAÇÃO DO DIREITO *GRECO-ROMANO.* AS BASÍLICAS E O IMPERADOR LEÃO VI, O *FILÓSOFO.* AS 113 *NOVELAS* QUE COSTUMAM ACOMPANHAR AS *BASÍLICAS.* VANTAGENS QUE DECORRERAM DESTAS COLEÇÕES PARA A CULTURA DO DIREITO ROMANO.

EDICTUM TEODORICII – Até aqui temos estudado o Direito Romano na história da própria organização, mostrando, quanto possível, os vários elementos que contribuíram para que atingisse a maior perfeição, desde a sua primeira manifestação característica, até a obra genial de sua

completa consolidação com os trabalhos preciosíssimos do Imperador Justiniano.

Mas, não obstante todas as vantagens decorrentes desses trabalhos, cada um dos quais representa uma incalculável soma de esforços, outros fatores, de algum valor, também contribuíram para a expansão do Direito Romano e prestaram valiosos subsídios ao seu desenvolvimento.

Haja vista ao que ocorreu com os três Códigos organizados pelos ostrogodos, visigodos e borgúndios, geralmente conhecidos com os nomes de *Leges Romanoe*, que apareceram na Itália, na Ibéria e na Gália, no começo do século VI, bem como com os trabalhos posteriores à codificação justinianéia, que constam das *Basílicas* e das *Novelas* do Imperador Leão, o *filósofo*, publicados nos fins do século IX, e que, mais tarde, serviram para esclarecer muitos pontos duvidosos da legislação e dos monumentos jurídicos.

Conta-nos a história que duas foram as grandes invasões bárbaras nos domínios de Roma. Uma, a do tempo de Mário, o célebre general que foi cônsul sete vezes, abriu as portas das Gálias e, tendo por elas atravessado, os cimbros arrojaram-se contra a Itália, vencendo todas as resistências que se lhes opunham, chegaram ao coração da República, que foi salva da iminente destruição pela bravura e tenacidade do valente guerreiro.

Outra, teve lugar no tempo em que o Império, já dividido em oriental e ocidental, ia sendo governado, sucessivamente por Valentiniano I, Graciano e Valentiniano II, isto é, em meados do século IV. Entre os povos invasores, que irromperam contemporaneamente da região renana, baixa e alta, como os francos e os borgúndios, e das margens do Danúbio, do centro da Floresta Negra, da Panônia, da Mésia, de toda parte, enfim, como os sarmatas, vândalos, suevos e godos, estes eram, principalmente, os que pareciam ter maior coesão e aptidão para a conquista.

Estabelecidos dentro do território romano, não tardou que Átila, o *Flagelo de Deus*, os acossasse, levando-os a uma situação em que não podiam recorrer nem à fuga. Colocados entre os romanos, por um lado, e os hunos, por outro lado, ficaram emparedados, de forma que não houve outro recurso senão organizar uma deputação, sob a direção de Wulfilas,

ou Ulfilas, bispo godo, oferecer aliança aos romanos e pedir-lhes concessão de território, onde pudessem fixar-se. A aliança, que tinha por causa o pavor que os hunos lhes inspiravam, foi aceita e os godos estabeleceram-se definitivamente na Trácia. Mas, assim como o medo lhes havia sugerido a aliança, dando-lhes a tábua de salvação no imenso dilúvio, assim também a perfídia, contra a generosa hospitalidade dos romanos, deu lugar à batalha de Andrinópolis, em cuja caudal de sangue foram levados os bárbaros à posse da cidade, em 410.

"O mundo estremeceu", diz um historiador brilhante[1], "a cidade foi pasto de sangue e da fúria dos vencedores. Santo Agostinho pintou em cores indeléveis as cenas que aí ocorreram: virgens violadas, filhas arrancadas dos braços maternos, cadáveres, sangue, lágrimas, incêndio, ferocidade, preciosidades artísticas despedaçadas, tudo cometeram os bárbaros, poupando apenas as igrejas."

Depois dos godos, os hunos, isto é, de um lado Alarico, Genserico, Teodorico e Odoacro; do outro lado, Átila. O incendiário, para quem a posse da cidade eterna era a aspiração de todos os dias, desistiu da devastação e da ruína, diante das súplicas do Papa Leão I, abandonando o seu sonho e retirando-se da Itália.

No meio de tantas lutas, dividido o Império em duas partes distintas e quase rivais, cortados os laços de coesão, interrompida a ação civilizadora do Direito, desmoralizada a sociedade, subvertidos os princípios tradicionais do grande povo, fácil será compreender o flagelo desencadeado sobre Roma e, se não fora a influência regeneradora das idéias cristãs, a paciência no sofrimento e a coragem na defesa, as desgraças da pátria de Cícero teriam sido a devastação e a ruína do gênero humano.

Depois de vários sucessos e senhores de vastas zonas territoriais, os invasores ficaram colocados da seguinte forma: os ostrogodos na Itália, os visigodos na Ibéria e os borgúndios na Gália oriental.

Postos em contato imediato com os romanos, os invasores compreenderam, desde logo, que muito teriam a lucrar adaptando os seus costumes jurídicos às injunções da superior cultura romana.

---

1 D. Antônio da Costa – Cit. *Três Mundos* – págs. 261 e seguintes.

Os povos bárbaros tinham alguns costumes e estatutos pessoais que observavam com religioso respeito, mas, nunca elevaram tais costumes e estatutos à categoria propriamente de leis, senão depois que as suas conquistas sobre Roma lhes revelaram a sabedoria dos romanos, neste particular.

É uma frase que vem sendo repetida por todos os juristas e historiadores, como traduzindo uma virtude dos bárbaros, que estes povos tinham o salutar costume de deixar às nações que conquistavam o império das próprias leis. Posto que dita e repetida pelas maiores autoridades na matéria, esta frase não corresponde, sob certo ponto de vista, à inteira verdade dos fatos.

Não era costume dos bárbaros, exclusivamente, uma tal virtude. Muitos povos da Antiguidade procederam da mesma forma e em território onde imperava o Direito Romano, jamais este se viu destronado, apesar das conquistas sobre esse território e da completa dominação dos povos respectivos. O que fizeram os ostrogodos na Itália, os visigodos na Ibéria e os borgúndios na Gália oriental, já haviam feito, antes, os cartagineses e fizeram, depois, os sarracenos.

A verdade, porém, é outra. Por uma natural associação de idéias, sempre que se fala em *bárbaros*, a memória é logo despertada pelas lutas que esses povos mantiveram com os romanos e daí a comparação do procedimento que ambos tiveram em relação ao Direito dos vencidos.

Os romanos impunham a sua legislação; os bárbaros deixavam a que encontravam regendo os povos que dominavam e, até mais, acabavam por adotar, como própria, a legislação dos vencidos.

Nada mais natural e até lógico. Os romanos, juristas por excelência, tinham, ao tempo da dominação goda, uma legislação e um Direito perfeitíssimos e, com razão, não admitiam superioridade neste ponto; os bárbaros, ao contrário, tinham, como dissemos, simples costumes jurídicos, estatutos pessoais, instituições rudimentares, incapazes de regular as relações da vida jurídica de qualquer povo que, porventura, já conhecesse a imensa sabedoria contida nos monumentos que recebiam a denominação de *Leges* e *Jus*.

Foi, portanto, depois daquele contato, que eles tiveram a verdadeira concepção do Direito e daqui nasceu, naturalmente, a idéia de fazer

coleções de disposições de lei e regras de doutrina, sintetizando, em termos breves e precisos, todo o vastíssimo cabedal então existente[2].

Três importantes coleções foram feitas pelos bárbaros – *o Edito de Teodorico, o Breviário de Alarico e a Lei dos Borgúndios, que passaremos a estudar, cada uma de per si.*

Teodorico, o grande rei dos ostrogodos, príncipe ilustre por seus talentos, sua erudição e sua política elevada, na frase de Savigny, desejando levantar sobre os destroços de uma das partes do ocidente romano, conquistada pela condescendência do Imperador Zênon, um suntuoso edifício que atestasse, ao mesmo tempo, uma nobre tolerância para com os vencidos e um preito de consideração e respeito à obra grandiosa dos seus fecundos juristas, ordenou que vários jurisconsultos romanos[3] organizassem uma coleção de Direito Romano para ser observada, quer pelos vencidos, quer pelos vencedores[4].

É uma questão que vem sendo largamente debatida entre os historiadores do Direito Romano a de saber qual a causa por que, das três coleções de *Leges Romanoe*, que apareceram quase simultaneamente, somente o *Edictum Theodoricii* foi promulgado para ter aplicação geral e comum a ostrogodos e romanos, com esquecimento das chamadas *Leges Barbarorum*, coleção de regras legais e costumes jurídicos dos povos germânicos.

---

2 Quem sabe se não foram exatamente os trabalhos dos reis bárbaros, procurando pôr uma certa ordem nas *leges* e no *jus*, que sugeriram a Justiniano a necessidade de uma vasta compilação, capaz de fazer esquecer as coleções dos invasores e mostrar a insignificância dos seus esforços? As expressões do último período do § 1° do proêmio das *Institutas* talvez respondam à interrogação. Com efeito, aí se lê, depois de aludir às vitórias sobre os bárbaros, que – "omnes vero populi legibus jam nobis promulgatis vel compositis reguntur".

3 Não se sabe quais foram estes juristas, mas, pretendem alguns historiadores do Direito Romano, como Bethmann Hollweg – *Der römische Civilprozess* – (não confundir com o Chanceler da guerra), – que Cassiodoro, notável escritor e ministro de Teodorico, foi o seu redator, tanto assim que o *Edictum* vem sempre publicado em apêndice às obras desse escritor.

4 Não pode haver a menor dúvida quanto a esta observância comum dos princípios jurídicos contidos no *Edictum*, pois, este mesmo declara textualmente no seu epílogo: "Quoe omnium Barbarorum sive Romanorum debet servare devotio."

Savigny é de parecer que conhecendo Teodorico as relações de afinidade entre a civilização romana e a cultura já adquirida pelos ostrogodos, teve a idéia de estreitar ainda mais estas relações, confundindo os interesses privados pela observância dos mesmos princípios legais reguladores, fundando uma espécie de identidade de situações e levando ambos os povos a uma união duradoura, pelo menos em tudo quanto dissesse respeito à vida civil[5]. Não obstante isto, o sábio mestre entende que esta unidade era restrita às matérias reguladas no *Edictum* e não, em geral, como opina Puchta, nas *Institutas*, § 137.[6]

Van-Wetter atribui essa exceção ao fato de Teodorico governar a Itália como simples representante do Imperador do Oriente, não passando a península itálica de mera dependência de Constantinopla, tanto assim que as moedas dos príncipes ostrogodos traziam habitualmente em frente a efígie imperial e no reverso o simples nome do chefe godo governante[7].

Entendemos, porém, que, nem àquelas idéias, em que Savigny se firma, nem à dependência do governo do Ocidente ao de Constantinopla, como quer Van-Wetter, dependência, aliás, muito contestável, se deve atribuir a unidade do Direito na Itália, mas, sim, única e exclusivamente, à superioridade indiscutível do Direito Romano sobre as *Leges Barbarorum.*

Teodorico, posto que rei de um povo que se distinguia somente pela força do braço, era, todavia, um homem de certo valor, para quem as conquistas da inteligência tinham, talvez, maior importância do que os triunfos pelas armas.

---

5 Savigny – *Geschichte des römischen Rechts im Mittelatter* – vol. 1º, cap. 1º, págs. 92 e seguintes. Veja-se também Pou y Ordinas – cit. – *Hist. Ext.* – Lic. XX, págs. 354 e 355.

6 O mestre ilustre é de opinião que, à vista da brevidade extrema das disposições do *Edictum* e das lacunas que nele haviam, o Direito subsidiário para os romanos deveria ser o Direito Romano e para os ostrogodos o Consuetudinário Germânico. A despeito da indiscutível autoridade do insigne romanista, achamos que a sua opinião não passa de simples hipótese, tanto menos aceitável quanto é certo que, se lacunoso era o *Edito*, muito mais ainda deveria ser esse Direito Consuetudinário Germânico, que sucumbia sempre que defrontava o Direito Romano.

7 Van Wetter – *op. cit.* – vol. 1º, § 23, págs. 142 e seguintes.

Descendente da casa de Amales, o filho de Teodomir, depois da morte de seu pai e tios Vidimir e Vladimir, foi proclamado rei dos ostrogodos. Tendo sido, aos oito anos de idade, dado como *refém* ao Imperador do Oriente Leão I, em penhor da aliança celebrada entre romanos e ostrogodos, teve oportunidade de pôr-se em contato imediato com a aristocracia de então, sendo educado, em Constantinopla, com vivo interesse, ganhando corpo nos exercícios de guerra e espírito nos hábitos de conversações esclarecidas, nas escolas dos mais hábeis mestres e no convívio da gente fina[8].

Para dizer do seu valor pessoal, com mais ou menos cunho de verdade, vejamos a célebre carta que Sidônio, companheiro do rei ostrogodo, escreveu da cidade de Tolosa a um dos seus amigos, que tinha a curiosidade de conhecer a vida de Teodorico, descrita por quem a conhecesse de perto[9].

Diz a carta: "Pela majestade do seu aspecto, Teodorico imporia respeito àqueles que ignorassem o seu merecimento; e apesar de ter nascido príncipe, o seu merecimento honraria uma situação particular. É de estatura mediana, o seu corpo parece mais cheio do que gordo e nos seus ombros bem proporcionados une-se a agilidade com a força muscular. Se examinardes a sua fisionomia, vereis uma testa alta, espessas sobrancelhas, nariz aquilino, lábios delgados, uma fieira regular de dentes brancos e uma tez clara, que cora mais freqüentemente de modéstia do que de cólera. A distribuição ordinária do seu tempo, enquanto está exposto à vista pública, pode ser concisamente representada. Antes do amanhecer, dirige-se com um pequeno séqüito, para a sua capela doméstica, onde o serviço religioso é executado pelo clero Ariano; mas, aqueles que presumem interpretar os

---

8 Sobre particularidades da vida de Teodorico e de suas relações com os imperadores do Oriente e estada em Constantinopla, vejam-se Gibbon – *op. cit.* – 2° vol., Cap. XXXIX –, e os inúmeros autores por este indicados, especialmente Peringskiold – *Vita Theodoricii* – publicada em Estocolmo, 1699. Deste trabalho consta que Teodorico nasceu em 454, quando governavam no Oriente Marciano e no Ocidente Valentiniano III, nas proximidades de Viena, tendo falecido em Ravena, no ano de 526, legando a seus dois filhos: Amalarico a Espanha e Atalarico a Itália.

9 Vide V. Duruy – *Hist. de Rom.* – Ap. de Pinheiro Chagas – pág. 335.

seus secretos sentimentos, consideram esta assídua devoção como efeito de hábito e de política.

"O resto da manhã é empregado na administração do seu reino. A sua cadeira é cercada por alguns oficiais militares de aspecto e porte decente: a multidão ruidosa dos seus guardas bárbaros ocupa a sala da audiência, mas não têm permissão de se demorar dentro dos véus das cortinas que escondem a casa do conselho aos olhos vulgares. São sucessivamente introduzidos os embaixadores das nações: Teodorico escuta com atenção, responde-lhes com discreta brevidade e ora anuncia ou adia, segundo a natureza dos seus negócios, a sua final resolução. Perto das oito (a segunda hora) levanta-se do seu trono e visita ou o seu tesouro, ou as suas cavalariças.

"Se escolhe caçar, ou pelo menos exercitar-se em montar a cavalo, o seu arco é levado por um jovem favorito; mas, quando a caça aparece, retesa-o com a sua própria mão, e raras vezes erra o alvo da sua pontaria: como rei, desdenha cingir armas em tão ignóbil luta; mas, como soldado, envergonhar-se-ia de aceitar qualquer serviço militar que ele possa desempenhar.

"Em dias comuns, o seu jantar não é diferente da refeição de um cidadão particular; mas, todos os sábados, muitas pessoas respeitáveis são convidadas para a mesa real, que, nestas ocasiões, é servida com a elegância da Grécia, a abundância da Gália e a ordem e a diligência da Itália. A baixela de ouro ou de prata é menos notável pelo seu peso do que pelo brilho e pelo curioso trabalho; o paladar é satisfeito sem a ajuda de luxo estranho e dispendioso; o tamanho e o número das taças de vinho são regulados com uma estrita consideração pelas leis da temperança e o respeitoso silêncio que prevalece é interrompido apenas por grave e instrutiva conversação. Depois do jantar, Teodorico às vezes descansa num curto sono e, logo que acorda, pede os dados e as tábulas, anima os seus amigos a esquecer a majestade real e fica deleitado quando eles exprimem livremente as paixões, que são excitadas pelos incidentes do jogo. Nesse jogo, de que ele gosta como imagem da guerra, mostra alternadamente a sua energia, a sua habilidade, a sua paciência e a sua índole agradável. Se perde, ri; é modesto e silencioso, se ganha. Contudo, apesar desta aparente indiferença, os seus cortesãos escolhem, para solicitar algum favor, os momentos de vitória; e

eu próprio, nas minhas solicitações ao rei, tirei algum benefício das minhas perdas.

"Perto da hora nona (três horas) volta outra vez a maré dos negócios e corre incessantemente até depois do sol-posto, quando o sinal da régia ceia despede a fatigada multidão de suplicantes e litigantes.

"À ceia, refeição mais familiar, bobos e pantomimos são às vezes introduzidos para divertir, não para ofender a companhia, com os seus ridículos gracejos; mas, cantoras e as suaves modas efeminadas da música são severamente banidas e só são agradáveis ao ouvido de Teodorico tons marciais que incitem a alma a ações de valor. Retira-se da mesa e os guardas de noite são imediatamente postados à entrada do tesouro, do palácio e dos aposentos particulares."

Estes traços pessoais deixam ver hábitos de um homem inteligente e de certa cultura intelectual, que se revelavam à mesa das refeições e do jogo, onde, segundo um moralista, se deve observar os homens para bem poder conhecê-los.

Não é, pois, uma hipótese para ser repelida a de que a causa determinante da idéia de uma breve e sintética consolidação do Direito Romano para reger as relações da vida jurídica dos ostrogodos e romanos da Itália, fôra a superioridade desse Direito, cujos princípios e regras feriram a inteligência aguda do rei, quando este, ainda muito jovem, recebia em Constantinopla os cuidados de uma perfeita educação intelectual e moral, conforme atestam os seus historiadores e biógrafos.

Segundo os melhores dados históricos o *Edictum Theodoricii* ficou organizado e começou a ter execução no ano de 500, embora alguns autores impugnem a referida data, sustentando que não podia tal acontecimento ter lugar antes do ano de 506, em que foi publicado o *Breviário de Alarico*, pois, o *Edito* tinha traços evidentes da *Interpretatio* do *Breviário.*

Esta razão justificativa não tem, porém, valor algum atualmente, porque os *Fragmentos do Vaticano*, relativos ao *Código Teodosiano* e a outros trabalhos de origem oriental, mostram que no século V haviam sumários semelhantes a tais *interpretationes*, afirmando Krüger[10] que a

10 Cit. *Hist. Fuent. e Lit.* – § 40, pág. 290 e 291.

Consulatio[11], a Lex Romana dos borgúndios, o *Edictum Theodoricii* e as *interpretationes* contidas no *Breviário de Alarico* vieram, sem dúvida alguma, de uma fonte comum, que forneceu todos os subsídios para a composição dos aludidos trabalhos.

O *Edictum Theodoricii* foi inteiramente vasado no Direito Romano antejustinianeu, tendo contribuído com maior cópia de subsídios o *Código Teodosiano* e as *Novelas Teodosianas* e *Post-Teodosianas*, seguindo-se os *Códigos Gregoriano, Heromgeniano* e as *Sententiae Receptoe* de Julius Paulus. Foi dividido em cento e cinqüenta e quatro (154) capítulos, todos de grande brevidade e em linguagem às vezes incorreta, o que faz supor não ter sido da autoria de Cassiodoro. As fontes do Direito Romano que lhe prestaram subsídios foram por tal forma mutiladas, que Mackeldey[12] chegou a afirmar que o Direito Romano ficou nele inteiramente desconhecido.

O Edito tem sido publicado algumas vezes, porém, a melhor das suas edições foi feita em Halle, na Prússia, em 1816, sob a denominação de *Commentatio ad Edictum Theodorici, Regis Ostrogothorum.*

O editor utilizou-se principalmente edição deste trabalho, feita em 1579, como apêndice às obras de Cassiodoro[13].

Vigorou na Itália até a queda do domínio dos ostrogodos, cujo início teve lugar com o formidável ataque de Belisário, logo após a publicação do *Codex repetitoe proelectionis*, e definitivamente conseguida por Narsés, tendo Justiniano imposto à velha Roma reconquistada a sua legislação codificada e as *Novelas* que se lhe seguiram[14].

---

11 *Consulatio Veteris Jurisconsulti.* É uma coleção de pareceres de um jurisconsulto, cujo nome se não sabe, organizada depois da confecção do *Código Teodosiano,* que reproduz textualmente as fontes em que funda o princípio ou regra adotada. Estas fontes foram as *Constituições* imperiais contidas nos *Códigos Gregoriano, Hermogeniano* e *Teodosiano* e as *Sententioe Receptae de Paulus*; é dividida em capítulos em número de nove (IX), mas, o VII está repetido uma vez e o IX cinco vezes. Foi publicada, pela primeira vez, em 1577 por Cujacius. – Vid. Blondeau – cit. *Inst. de l'Empereur Justinien* – tom. 2º, págs. 392 e seguintes.

12 Cit. *Elem. de D. R.* – § 59, pág. 37.

13 É a conhecida edição de Pithou.

14 Veja-se o Apêndice XV em que vêm transcritos o prefácio e o epílogo do Edito.

BREVIARIUM ALARICIANUM. – Desde a morte de Valentiniano III, em 455, o Império Romano do Ocidente entrou em verdadeira agonia e os nove Imperadores[15] que se sucederam, de 455 a 476, pouco, quase nada, fizeram pelo Direito, de forma que, quando Odoacro pôs termo ao governo de Rômulo Augusto, o ocidente romano estava virtualmente entregue aos usurpadores estrangeiros. Na Espanha dominavam os suevos, os vândalos e os visigodos, detendo estes a Bética e a Catalunha.

Eurico procurou dominar todos os seus inimigos e, de fato, vencendo-os, um a um, assenhoreou-se de quase toda a Península Ibérica, firmando definitivamente o poderio dos visigodos e estabelecendo em bases sólidas o trono, que foi, mais tarde, ocupado pelos homens mais notáveis de sua raça.

Considerando-se, como na verdade era, o primeiro rei godo da Espanha, foi seu cuidado impor, desde logo, leis aos súditos e para melhor vencer as dificuldades que se lhe apresentavam na administração da justiça, encarregou um jurisconsulto, de nome Leão, de organizar uma coleção de regras jurídicas e leis dos seus antecessores, suas próprias e até mesmo dos romanos, subordinando-as aos interesses dos conquistadores e, assim, obter, mais facilmente, a completa dominação dos povos peninsulares.

Entretanto, ou porque o manancial, onde buscaram os elementos para a composição, fosse insuficiente e impróprio ao fim desejado, ou porque ao encarregado da compilação faltassem aqueles requisitos indispensáveis aos codificadores, o que é certo é que o *Código Euriciano* saiu um verdadeiro aleijão, em que a grosseria das rudes disposições das leis dos visigodos chocava-se, em uma evidência flagrante, com a elegante simplicidade e perfeição modelar da legislação romana, aí aproveitada.

Para um povo que durante tantos anos havia vivido sob a autoridade do Direito Romano e inspirando-se nas sábias lições dos grandes jurisconsultos da época clássica, era naturalmente insuportável a obediência a um código de leis em tais condições e, daqui, a vigorosa reação oposta pelo povo à opressão que vinha sendo desenvolvida com a aplicação desse código.

---

15 Eram eles: Petrônio Máximo, Ávito, Majoriano, Severo, Altêmio, Olíbrio, Glicério, Júlio Nepos e Rômulo Augusto.

Alarico II, filho e sucessor de Eurico no trono visigótico da Ibéria, compreendendo com exatidão a gravidade da reação que vinha sendo movida à legislação paterna, ou, talvez, convencido de que se não devia substituir, por outro qualquer, o Direito modelo que vigorava em Roma e Constantinopla e estava sendo observado pelos ostrogodos na Itália, como medida de ensaio para o estabelecimento de um Direito comum, confiou a Goiarico, conde palatino[16], a missão de consolidar em um só corpo a legislação romana que se encontrava principalmente nos *Códigos* Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, nas *Novelas* Teodosianas e Pós-Teodosianas, e a doutrina dos jurisconsultos clássicos de maior reputação, como a das *Institutas* de Gaio, das *Sentenças* de Paulo e *Respostas* de Papiniano[17].

O conde, provavelmente auxiliado por uma comissão de *prudentes*, procurou naquelas fontes os subsídios necessários à confecção do trabalho, obedecendo na colocação dos dispositivos tão somente à distinção entre *Leges* e *Jus*, sem outro método ou critério na distribuição das matérias. Colocou em primeiro lugar tudo quanto provinha do *Código* Teodosiano e das *Novelas* posteriores, seguindo-se o que forneceram os *Códigos* Gregoriano e Hermogeniano, os trabalhos de Gaio e Júlio Paulo, terminando com uma resposta de Papiniano, único fragmento deste notável jurisconsulto que foi aproveitado.

Na parte correspondente às *Leges* ocupam maior extensão os extratos obtidos do *Código* Teodosiano e na relativa ao *Jus* as *Sentenças* de Paulo.

Krüger sustenta que os compiladores não tiveram preocupação alguma *teórica*, nem para o ensino do Direito.

Não é de todo aceitável esta opinião, atendendo-se a que foram copiados inúmeros trechos das *Institutas* de Gaio, trabalho didático por excelência, modelo das obras congêneres de Ulpiano, Florentino e Modes-

---

16 Conde ou *comites*, primeiros oficiais do Palácio real ou dos governadores e praças fortes, os quais tinham várias denominações especiais, conforme as funções que exerciam, como *catafractários, clibanários, sagitários, condestables* etc.

17 Entre as *Novelas* Pós-Teodosianas figuram algumas de Valentiniano III, Marciano, Majoriano e Severo.

tino, escritas exatamente para fixar as teorias e doutrinas dominantes nos vários departamentos do Direito.

A coleção, assim organizada, não recebeu desde logo uma denominação própria ou especial; mas, os jurisconsultos da época, talvez para distingui-la do *Código* de Eurico, davam-lhe o nome simples *Lex Romana*. Mais tarde, quando o *Código Euriciano* perdeu sua importância, o trabalho de Goiarico começou a ser conhecido pela designação de *Liber Legum* ou *Liber Juris*. No século XVI os juristas chamavam-no *Lex Romana Visigothorum, Breviarium Alaricianum, Breviarium Alarici* e às vezes também *Braviarium Aniani*[18]. A denominação de *Breviarium Alaricianum* é hoje comum entre os juristas.

Logo que os compiladores entregaram o *Breviário* pronto, Alarico II convocou uma assembléia de bispos e de leigos notáveis, reunidos em Aire de Gasgonha, e obtidas a aprovação, *adhibitis sacerdotibus ac nobilibus viris*, foi promulgado no ano 506, vigésimo segundo do reinado de Alarico e anterior ao de sua derrota e morte por Clodoveu, rei de França.

Para dar execução ao novo *Código* visigótico, Alarico II fez baixar uma circular a todos os governadores, conhecida pela denominação de *commonitorium*, na qual se explicava a maneira de aplicar as disposições do *Breviarium*, sendo um exemplar deste sempre acompanhado de um exemplar daquela.

Parece fora de dúvida que os compiladores tinham as suas funções muito restritas, não lhes sendo permitido senão colecionar as *Leges* e o *Jus*, copiando literalmente os textos respectivos e levaram este dever a tal ponto, que chegaram até mesmo a trasladar de muitas constituições partes ou disposições revogadas.

---

18 Esta denominação é ilegítima, pois, segundo Savigny, Aniano nenhuma colaboração teve no *Breviário*. Apenas, devido a função que exercia de *Conde Palatino*, prestou sua assinatura às cópias enviadas às demais autoridades do reino, dando, assim, cunho oficial às leis e autenticidade aos respectivos exemplares.
Em uma das passagens do *Commonitorium* designa-se o *Breviarium* desta forma: "*Leges s. species juris de Theodosiano et diversis libris electoe*" – mas, cremos que esta frase é antes uma explicação do que uma denominação.

Entretanto, talvez por amor próprio e em implícita defesa de seus créditos de juristas, juntaram a cada trecho copiado uma *interpretatio* ou explicação mais clara e precisa do texto legal e às vezes declarando já não estar em vigor o dispositivo transcrito.

O *Breviarium* não foi uniformemente dividido. Os manuscritos existentes apresentaram-no dividido em *títulos* até o 8º e, daí em diante, em *livros*.

A sua autoridade como lei reguladora das relações dos romanos entre si e destes com os visigodos, foi até o reinado de Chindasvindo, pois, Recesvindo, filho daquele e seu sucessor no trono, em 17 de dezembro de 653, apresentou ao célebre Concílio VIII de Toledo o *Tomo Régio*, pelo qual, revogadas as leis antigas, teve início a confecção do *Forum Judicum*[19].

Não obstante, revogado, o *Breviarium Alaricianum* continuou sendo objeto de estudos para os juristas e registro de fontes do Direito Romano que se não encontravam nos outros monumentos[20].

LEX BORGUNDIONUM. – Como vimos, dos povos bárbaros que invadiram e dominaram os destroços do velho Império Romano, os borgúndios fixaram-se na Gália oriental e aí constituíram um reino que, na entrada do século VI, tinha por limites os cursos dos rios Saone e Ródano, estendendo-se desde a Floresta dos Vosges, perto de Belfort, até os Alpes e Mediterrâneo.

Detinha o trono dos borgúndios, o célebre rei Gondobaldo, que, por efeito do falecimento de seus dois irmãos, Godesesil e do pai de Santa Clotilde, mulher de Clodoveu 1º, tornou-se o único soberano daquela região. Sucessor, no governo, de quem pouco se preocupara com as

---

19 Esta ilustre assembléia compunha-se de 52 bispos, 10 vigários, 12 abades, e 16 eminentes personagens da Corte real, sob a presidência do rei. Veja-se no L. 3º, T. III, a parte relativa ao *Código Euriciano*.

20 Há uma edição célebre do *Breviarium*, levada a efeito por Hoenel e publicada em Leipzig, em 1848, sob o título de *Lex Romana Visigothorum*. Para obter um exemplar o mais perfeito possível o editor compulsou 76 manuscritos do *Breviarium*, só adotando como texto definitivo o que resultava da comparação cuidadosa e se impunha com visos de verdadeiro e legítimo.

cousas de Direito, mesmo porque as necessidades da vida jurídica dos seus súditos romanos eram satisfeitas pelas *Leges* e *Jus* do grande povo, quis, todavia, o monarca imitar Teodorico, o *grande*, e Alarico II, organizando o corpo de leis romanas para regular as relações jurídicas dos romanos que habitavam as regiões por ele dominadas.

Já tendo mandado compilar as leis bárbaras em um código para ser observado pelos borgúndios, no qual foram condensados os costumes e leis pessoais que vinham cumprindo e modificando sob a influência da legislação romana, deu Gondobaldo execução a uma promessa, então feita, ordenando que se formasse uma coleção de *Leges Romanoe* para ser aplicada aos romanos[21].

A comissão encarregada desse serviço procurou subsídios, como haviam feito os comissários do *Breviarium Alaricianum*, nas fontes usuais das *Leges* e *Jus*, isto é, nos *Códigos* Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, nas *Novelas* posteriores ao ano de 438, nas *Institutas* de Gaio e *Sentenças* de Paulo. Mas, os compiladores não se limitaram somente a copiar os textos legais; foram às *interpretationes*, então existentes, procurando, com maior liberdade do que os companheiros de Goiarico, o verdadeiro sentido das leis e, às vezes, até mesmo mesclando o Direito Romano com a *Lex Gundobalda*, cuja ordem de matérias adotou, provavelmente para que se confrontassem, com maior facilidade, os respectivos textos.

Foi dividido em quarenta e sete títulos e recebeu a denominação de *Lex Romana Borgundionum*, sendo geralmente conhecida por *Papiniani Liber Responsorum* ou simplesmente *Papiani Responsa.*

Estas denominações, porém, foram-lhe dadas no século XVI, devido a um erro de Cujacius. Explicam os historiadores este fato pela forma seguinte: cada *Breviarium Alaricianum* completo, como vimos, termina com uma resposta de Papiniano, e Cujácio, tendo examinado um exemplar do *Breviarium*, em que vinha, logo em seguida, a *Lex Borgundionum*, supôs

21 A codificação das leis bárbaras dos borgúndios recebeu a denominação de *Lex Gundobalda,* sendo geralmente conhecida por *Lei Gombeta.* No prólogo desta *Lei* encontra-se a prova de que não se aplicava às causas entre romanos: "*Inter Romanos Romani legibus proecipimus judicari; qui formam ut expositionem legum conscriptam qualiter judicent se noverint accepturos, ut per ignoratiam se nullus excuset*".

que se tratasse efetivamente de uma cópia das *responsa Papiani* e assim publicou, em 1566, como sendo o *Papiniani Liber Responsorum*, quando não era senão a *Lex Romana Borgundionum*. Mais tarde, publicando o próprio Cujácio, em 1586, uma nova edição do seu trabalho, corrigiu o erro e deu à obra o seu verdadeiro nome. Apesar da correção, a *Lex* continuou a ser chamada *Papiniani Liber Responsorum* e, às vezes, também, *Papiani Responsa*, alterando-se o nome do Príncipe dos Jurisconsultos, porque, no texto, o seu nome aparece freqüentemente como sendo *Papiano*, em vez de *Papiniano*.

Não estão de acordo os historiadores quanto ao ano da publicação da Lei dos Borgúndios, opinando Savigny que tal publicação devera ter lugar entre os anos de 517 a 534. No entanto, parece que a data não deve ultrapassar de 516, pois foi neste ano que faleceu Gundobaldo e não há hoje dúvida de que a *Lex* foi organizada ainda em seu governo.

Gundobaldo teve como sucessor seu filho Sigismundo, a vítima dos filhos de Clóvis, sepultado vivo em Orleans e com ele o poder que lhe transmitira a sucessão paterna. "Aos rebeldes borgúndios", diz um historiador, "porque tentaram quebrar os seus grilhões, consentiu-se-lhes ainda que gozassem as suas leis nacionais debaixo da obrigação de tributos e de serviços militares e os príncipes merovíngios reinaram pacificamente num reino, cuja glória e cuja grandeza tinham sido primeiro destruídas pelas armas de Clóvis".[22]

BASÍLICAS. NOVELLAE LEONIS. – Desde a morte do Imperador Justiniano até o advento dos representantes da Casa Macedoniana, o Império do Oriente, ou Império Grego, teve 27 imperadores, dos quais 15 foram arbitrariamente escolhidos[23] e os 12 restantes vieram da raça isauriana, a começar de Leão III[24].

---

22 Duruy – cit. *Hist. de Roma* – 4º vol., página 391.

23 São eles: Justino I, Tibério II, Maurício, Focas, Heráclio, Constantino III, Heracleonas, Constante II, Constantino IV, Justiniano II, Leôncio, Tibério III, Filipe, Anastácio II e Teodósio III.

24 Leão III, Constantino V, Leão IV, Constantino VI, Irene, viúva de Leão IV, em nome de seu filho Constantino VI, Nicéforo I, Estaurácio, Miguel I, Leão V, Miguel II, Teófilo e Miguel III.

Durante este período de tempo (de 565 a 867), a não serem as coleções das *Novelas* de Justiniano, publicadas com os títulos de *Epitomi* e *Líber Authenticarum*, no tempo de Justino I, o imediato sucessor de Justiniano; das *Glosae Nomicae,* de diversos autores; das obras atribuídas a Teodoro Balsamão e das compilações gregas de leis militares, rurais e navais, no tempo de Heráclio (de 610 a 641), nada mais de importante acusam os historiadores relativamente a obras de Direito ou monumentos legislativos.

Com o advento do Imperador Basílio I, ou *Basílio Macedo,* no ano de 867, embora ainda vigorassem os monumentos da codificação justinianéia, posto que bastante retalhados e modificados em pontos importantes, pretendeu o monarca dar uma certa ordem à legislação em vigor e para isto confiou a uma comissão de juristas a redação de um código geral, bebido nas fontes romanas e nos atos legislativos posteriores a Justiniano. A comissão trabalhou sem aquele entusiasmo que animava os tribonianos, teófilos e doroteus e, por isso, ou porque lhe faltassem o saber e a boa vontade dos colaboradores de Justiniano, gastou 10 anos para confeccionar um *Manual de Leis,* com 40 livros, base do monumento legislativo greco-romano que apareceu, mais tarde, sob a denominação de *Basílicas*[25].

Morto Basílio I, em 886, seu filho Leão VI, sucessor no trono em sociedade com seu irmão Alexandre, cogitou, desde logo, de completar o trabalho paterno, e no ano seguinte à sua ascensão ao trono, isto é, em 887, fez publicar a primeira edição do dito trabalho, com o nome de *Basílicas*, que conserva até hoje entre os estudiosos do Direito Romano.

As *Basílicas* tomaram para modelo o *Codex Repetitoe Proelectionis*, sendo, porém, redigidas em língua grega, com ordem, método na

---

25 Os historiadores não estão de acordo na razão pela qual foi dado o nome de *Basílicas* a esta coleção de leis. Entendem uns que tratando-se de atos emanados de autoridade imperial, a palavra é o adjetivo – *basilicus, a, um,* – isto é, – *real, régio, magnífico, esplêndido, suntuoso* –, empregado para qualificar a importância do trabalho. Outros, porém, acham que esse nome nada mais é do que uma homenagem prestada por Leão VI à memória de seu pai. Pensamos que estes são os que têm razão. O *Manual* era geralmente conhecido pelo nome de *Proquiron* e perdeu sua importância com o aparecimento das *Basílicas*.

distribuição das matérias e precisão de linguagem, parecendo, por isto, que o próprio Imperador filósofo teve suas vistas presas ao trabalho, ou nele colaborou, dando-lhe o cunho de sua cultura intelectual e conhecimentos lingüísticos.

A obra foi dividida em seis partes, ou *volumes,* e estas subdivididas em sessenta *livros*[26]. Este número de livros faz crer que os dois últimos volumes tenham sido confeccionados pelo Imperador Leão VI, adicionando vinte livros, organizados sob uma inspeção, aos quarenta do *Manual de Leis,* a que acima nos referimos (*Proquiron*)[27].

As fontes das *Basílicas* foram principalmente os monumentais trabalhos de Justiniano, consultando-se e escolhendo-se, para cada um dos seus 60 *livros,* as matérias correspondentes no *Digesto, Código, Institutas e Novelas,* com as modificações posteriores à publicação destes monumentos e feitas as correções necessárias nos dispositivos, pondo-se termo também às contradições existentes.

Para chegar a este resultado serviram-se dos *Índices* de Isidoro, de Anatólio e do jurista egípcio chamado Teodoro, *Scholasticus*[28], fontes de preciosas informações para a boa distribuição das matérias e conhecimento integral de todas as disposições legais que as regulavam. Foram também atendidos todos os trabalhos dos escritores greco-romanos e as constituições dos imperadores que sucederam a Justiniano, dominando a escolha dos textos a regra – *lex posterior derogat priori.*

---

26 Cada livro compreende muitos títulos, tendo cada título uma rubrica, indicadora da matéria de que se ocupa, e desdobrando-se em capítulos e estes em parágrafos.

27 Os trabalhos publicados sobre as *Basílicas* não autorizam designar quais os jurisconsultos de que se serviram Basílio I e Leão VI para conseguir a confecção da grande obra. Sabe-se, entretanto, que a comissão nomeada pelo Imperador filósofo para coordenar os trabalhos paternos e levar a cabo a obra projetada, teve por presidente Simbátio, que exercia, então, as funções de comandante da guarda imperial e era amigo particular do monarca.

28 Esta palavra, cuja significação genérica é – *literato, erudito, sábio,* etc. – tinha então, um sentido restrito e exclusivo, correspondente ao que hoje chamamos – *advogado profissional* –, isto é – homem formado em Direito que vive exclusivamente nos labores da advocacia, e não simplesmente jurista, professor de Direito ou juiz.

Entrando em vigor, pelo menos a partir do ano de 892, as *Basílicas* se constituíram o Direito *Oficial* entre os povos orientais, muito embora os juristas da Grécia e de outras partes do velho Império Romano ainda consultassem, com respeitosa admiração, as coleções de Justiniano, principalmente o *Digesto* e as *Novelas*.

Com o correr do tempo, porém, devido às muitas alterações introduzidas nos seus dispositivos, o Imperador Constantino VII, o *porfirogeneta*, mandou proceder uma ligeira revisão nas *Basílicas*, sendo publicada uma edição nova, no ano de 944, com a denominação de *Basilicarum repetita proelectio*, encerrando-se, por esta forma, os trabalhos da *sístole jurídica* greco-romana.

Esta nova edição e, bem assim, a anterior provocaram, como era natural, a atenção de vários jurisconsultos, que as tomaram para objeto de comentários, os quais, operando a *diástole* inevitável, tornaram-se muitas vezes de maior importância e valor do que os próprios textos que lhes serviam de objeto.

Várias têm sido as edições impressas das *Basílicas* e embora todas elas não contenham integralmente o monumento jurídico, todavia, registraram o que de mais importante ele continha[29]. A edição mais estimada e completa da compilação é a publicada em Leipzig, em 1870, por Ernesto Heimbach, em seis volumes, como fora dividida por Leão VI, na época de sua primeira publicação.

Costumam os editores das *Basílicas* e os seus comentadores fazer acompanhar a obra de Basílio I, de um suplemento contendo cento e treze

---

29 São notáveis os trabalhos de Diplovatácio, Víglio, Hervet, Cujácio, Fabrot, Reitz, Heimbach, Zacarias e outros sobre as *Basílicas*, afirmando todos estes eminentes cultores do Direito greco-romano a importância e utilidade desse monumento para melhor conhecer-se a história do Direito Romano. Dos ditos trabalhos constam os quarenta e três livros que subsistem das *Basílicas* (1º a 18, 20 a 30, 38 a 42, 45 a 52 e 60) e alguns fragmentos dos restantes. Por muito tempo se acreditou que existia uma coleção completa das *Basílicas* na biblioteca da célebre regente de França, Catarina de Médici, viúva de Henrique II, e mãe de Carlos IX. Isto, porém, não passa de uma fantasia, criada por alguns inimigos de Cujácio, a quem atribuem o ter feito desaparecer uma parte da coleção aludida.

Novelas do Imperador Leão VI, o *filósofo*, com as quais foram feitas várias modificações na legislação justinianéia.

Estas *Novelas*, conhecidas pelo nome de *Novelae Leonis*, foram reunidas em um só corpo, por ordem do seu próprio autor e costumam alguns editores do *Corpus Juris Civilis* e das *Novellae Justiniani* juntá-las a estas, como complemento e subsídio para melhor explicação não só das *Basílicas*, como também de muitos atos legislativos de Justiniano.

Estas *Novelas* de Leão VI têm por objeto vários assuntos de Direito Público e Privado, sendo algumas delas reveladoras do grande valor intelectual e moral do imperador que as decretou.

Merece especial referência, entre outras, a *Novela LIX*, dirigida a Estiliano – *excellentissimo sacrorum officiorum magistro* – em que ab-rogava a lei que permitia que alguém se vendesse, a si mesmo, para participar do preço da venda, lei que considerava *ofensiva à dignidade da liberdade e protetora de real covardia e perniciosa abjeção*[30].

Foram estas cento e treze *Novelas* escritas em língua grega; mas, existe uma tradução latina, feita por Henrique Agileu, em 1560, logo após a publicação da edição das *Novelas* de Justiniano, organizada por Scrimgeour, em 1558, dada a luz em Genebra, à qual esse editor juntou as referidas 113 *Novelas* de Leão VI.

O *Edito* de Teodorico, o *Breviário* de Alarico, a *Lei dos Borgúndios*, as *Basílicas* e as *Novelas* de Leão, embora não sejam propriamente monumentos genuínos do Direito Romano, são, todavia, preciosíssimos mananciais em que os romanistas têm encontrado os mais copiosos subsídios para a reconstrução do grandioso edifício da maior civilização jurídica de todos os tempos.

---

30 A referida *Novela*, que tem por título *Abrogatio Legis Quae Hominem Liberum Se Vendere Permittit*, tem o seu primeiro período assim redigido, segundo a tradução de Henrique Agileo: "*Quae lex hominem liberum qui tam ignavi atque abjecti animi est, ut libertatis dignitatem dedecore afficiens, quo execrabile pro servitute persolvendi pretii lucrum participet, suam servitutem mercetur, non castigat, neque scalus illud corrigit: prefecto et illa earum una est quae rectum reipublicoe nostrae statum dedecent, ac approbatione indignoe sunt, neque auctoritatem et efficacia mancipera debent*".

O *Breviário de Alarico* e as *Basílicas*, principalmente, têm sido de uma fecundidade inexaurível, desde que Irnério, o poderoso propulsor da cultura jurídica iniciada no século XII, antecipou às demais ciências, letras e artes a renascença dos estudos de Direito na célebre Escola de Bolonha.

Os trabalhos dos glosadores e pós-glosadores, que revelaram ao mundo o tesouro da maior sabedoria nutrida no berço da civilização latina, bem como os esforços ingentes dos geniais Savigny, Mommsen e Jhering, fecundíssimos continuadores, no século passado, daquela obra gigantesca, não teriam, talvez, atingido à importância que realmente obtiveram, se não fosse o auxílio dos subsídios fornecidos por esses monumentos derivados das *Leges* e do *Jus* dos romanos.

São indubitáveis, portanto, as vantagens que esses trabalhos trouxeram para a cultura do Direito Romano, com o registro e conservação de muitas fontes que, talvez, se extraviassem se não tivessem sido aproveitadas, como foram, nas compilações indicadas e nas posteriores.

Título III

FORUM JUDICUM. FUERO JUZGO OU *EL LIBRO DE LOS JUECES*

SUMÁRIO – AS INVASÕES NA PENÍNSULA IBÉRICA E A INFLUENCIA EXERCIDA PELOS INVASORES. AS DIVISÕES ROMANAS – *CITERIOR, ULTERIOR, TARRASCONENSE, LUSITÂNIA E BÉTICA* –: O DIREITO VIGENTE E AS REGALIAS, CONCEDIDAS A LISBOA, DE *MUNICIPIUM CIVIUM ROMANORUM*. AS PREFEITURAS. PERDA DA DOMINAÇÃO ROMANA: OS VISIGODOS E AS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO DE LEIS. *O CÓDIGO EURICIANO, O BREVIÁRIO DE ALARICO* E OS TRABALHOS DE LEOVIGILDO. ORGANIZAÇÃO DO *FORUM JUDICUM* E OS SEUS COLABORADORES: OS CONCÍLIOS COMO *PODER LEGISLATIVO*. A CIDADE DE TOLEDO E OS TRABALHOS DE SÃO ISIDORO E SANTA FLORENTINA. NOVAS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO, DESDE CHINDASVINDO (VII CONCÍLIO TOLEDANO) ATÉ EGICA (XVI CONCÍLIO) E A DEFINITIVA ORGANIZAÇÃO DO *FORUM JUDICUM*, TAMBÉM CHAMADO *CODEX LEGUM E LEX VISIGOTORUM*. A TRADUÇÃO CASTELHANA, COM O NOME DE *FUERO JUZGO* OU *EL LIBRO DE LOS JUECES*, COMO *FORAL DE CÓRDOVA*: O *EXÓRDIO*, O *PRÓLOGO* E A *RUBRICA;* OPINIÕES DE LARDIZABAL, DE ANDRÉ BURRIEL E DE AMBRÓSIO DE MORALES SOBRE A ÉPOCA DA ORGANIZAÇÃO DO *CÓDIGO VISIGÓTICO*. DIFERENÇAS ENTRE O ORIGINAL LATINO E O CASTELHANO; RECONSTITUIÇÃO DO TEXTO PELA ACADEMIA ESPANHOLA: A EDIÇÃO DO DR. ALONSO VILLADIEGO. VALOR DO MONUMENTO.

FORUM JUDICUM – A história da Península Ibérica caracteriza-se, principalmente, pelas invasões de que foi vítima e, como conseqüência, pela submissão que, por períodos mais ou menos longos, lhe foi imposta pelos invasores, povos de raças diversas e provindos de diferentes lugares.

Deixando de parte a questão de saber como se formou a população que habitava a Península, com o cárater de natural do país, quando começou

a ser vítima dessas invasões[1], vejamos a influência que porventura os seus invasores tenham exercido na formação do peninsular.

É sabido que a Espanha foi invadida sucessivamente pelos exércitos cartagineses de Amílcar e de seus dois filhos Asdrúbal e Aníbal, dois séculos antes de Jesus Cristo, não encontrando os invasores resistência por parte dos habitantes dos territórios invadidos, o que bem pode indicar uma certa identidade de origem entre uns e outros, identidade tanto mais admissível, quanto é certo que Aníbal, não obstante chefe poderoso do exército invasor, não vacilou em casar-se com uma camponesa de Castulo, sendo o seu exemplo imitado por muitos dos oficiais que o acompanhavam.

A dominação cartaginesa não deixou, porém, vestígio algum da história das instituições jurídicas da Península Iberica[2].

Com a paz de Semprônio Graco, os romanos tomaram conta da Andaluzia, da Catalunha, de Valença, da parte oriental de Castela e da ocidental de Aragão.

A dominação romana, ao contrário do que havia sucedido à cartaginesa, não se tornou efetiva com a mesma facilidade com que a obtiveram os seus inimigos africanos.

O cerco de Numância, durante quatorze anos, arrebatada afinal por Cipião Emiliano; a resistência de Viriato, o humilde pastor lu-

---

1 O notável historiador Oliveira Martins – *História da Civilização Ibérica* – comentando a teoria de Guilherme Humboldt e as referências de Leibnitz e Niebuhr, pende para estas referências contra aquela teoria. Humboldt toma como ponto de partida, para dar aos *iberos* uma origem européia, o estudo das línguas dos *vasconsos* ou *bascos*, habitantes dos Pireneus ocidentais, idioma aglutinante, substancialmente diferente das línguas dos povos vizinhos. Para ele os *iberos* deviam ter ocupado não só a Espanha, como também as três grandes ilhas do Mediterrâneo, sendo a sua primitiva origem determinada pela separação de um ramo da grande *família céltica.* Leibnitz e Niebuhr dão aos *iberos* uma origem africana e Oliveira Martins admite, como verossimilhante esta opinião, fundando-se, para isto, nos caracteres antropológicos e na observação dos monumentos megalíticos da Espanha, cotejados com os africanos. Seja esta ou aquela a origem dos *iberos,* o interesse que estes podem despertar ao cultor do Direito é nulo, mesmo depois das invasões fenícia e cartaginesa, só merecendo atenção quando a civilização romana aí se fez sentir.

2 Veja-se – *Hist. da Leg. Esp.* – de Antequera –, *Gov. e Leg. da Esp.* – de Márquez de Pidal e Júlio de Vilhena – *As raças hist. da Península Ibérica.*

sitano que enfrentou os experimentados generais da República; o valor de Quinto Sertório, que, com a ajuda de um punhado de bravos portugueses, derrotou o próprio Pompeu, e tantos outros fatos que a história registra, são acontecimentos que, se deixaram sulcos profundos do poder dos romanos, também levantaram muito alto o valor dos portugueses e espanhóis, que foram vencidos, não por fraqueza, mas, sim, pela lógica da civilização dos povos: a Península Ibérica tinha de submeter-se ao poder e influência de Roma, porque disso dependia a sua preparação para o futuro.

Firmada definitivamente a dominação romana, o espírito jurídico do grande povo manifestou-se, desde logo, na organização administrativa dos territórios conquistados.

Ainda na Republica, foi a Espanha dividida em dois grandes departamentos: *Citerior* (para cá) e *Ulterior* (para lá).

Com o advento do Império, no tempo de Augusto, apareceu ela já dividida em três Províncias: a *Tarrasconense*, que ocupava a parte setentrional, compreendendo a região de Portugal que fica ao norte do Douro; a *Lusitânia*, que ficava na parte ocidental, abrangendo o sul do Douro e Estremadura espanhola; e a *Bética*, que se constituía dos territórios banhados pelo rio *Bétis*, hoje Guadalquivir, formando a atual Andaluzia, onde se acham as cidades de *Sevilha*, *Granada*, *Jaen*, *Córdoba* e *Cádiz*.

Estas províncias eram governadas por autoridades, cujo poder provinha de origens diferentes.

A *Tarrasconense* e a *Lusitânia*, sendo elevadas à categoria de Províncias *imperiais*, tinham como chefes de seu governo delegados ou representantes do Imperador, denominados *Legatus Augustalis*; a *Bética*, porém, era uma Província *senatorial*, isto é, sujeita e dependente do Senado, que nomeava o seu governador *Proconsule*. Mais tarde a *Bética* passou a ser também governada como a *Tarrasconense* e *Lusitânia*, recebendo os chefes da administração todos os seus poderes do Imperador, pelo que eram chamados, além de *Legatus Augustalis* e *Legatus Caesaris*, *Consules*, *Proesides*, *Proetores*, *Pro-Consules* e *Pro-Proetores*.

O Direito que então imperava era o contido nas *Formulae Provincioe*, nos *Decretos dos Imperadores* e nos *Editos Provinciais*, emanados dos respectivos governadores.

Desde o tempo de César, porém, a cidade de Lisboa constituía uma exceção em matéria de Direito vigente, pois, tendo-lhe sido outorgado o título honoríssimo de *Municipium Civium Romanorum* cabia aos seus habitantes o *jus civitatis*.

Esta graça foi, mais tarde, outorgada pelos Imperadores Cláudio e Marco Aurélio a várias outras partes do território imperial, tendo Caracala tomado, afinal, uma medida radical, na ano de 212, concedendo o título de *cidadão* a todos os habitantes do Império, com exceção dos libertos, dos condenados a certas penas, dos bárbaros e dos escravos[3].

A concessão dos *jus civitatis* a todos os habitantes do Império, inclusive os da Península Ibérica, trouxe como conseqüência a aplicação do *Jus Civile* aos povos que ocupavam-na, de sorte que, quando Diocleciano fez as grandes reformas administrativas, entre as quais a divisão de todo o território do Império em quatro *Prefeituras*, a Espanha estava dividida em sete Províncias, ficando incorporada à Prefeitura das Gálias[4].

Escusado será dizer que o Direito que aí vigorava era o que se continha nas Constituições imperiais, a maioria das quais se achava no Código Gregoriano, no Edito Perpétuo, no Edito Provincial e nas lições preciosíssimas dos fecundos jurisconsultos da época clássica, entre os quais Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino ocupavam o primeiro plano.

Entretanto, a dominação romana teve de ceder à fúria de outros invasores, que partilharam a Península Ibérica, os *vândalos* e *suevos* estabeleceram-se na Castela velha e na Galiza, os *silingos* na Andaluzia, os *alanos* na Catalunha e na Lusitânia e os *visigodos* na Bética.

Firmada definitivamente a dominação das visigodos na Península, começaram as tentativas para a formação de códigos de leis, sendo a primeira do rei Eurico, que mandou organizar pelo jurisconsulto Leão[5] uma compilação de leis de seus antecessores, todas as que ele mesmo havia promulgado e vários outros subsídios tomados ao Direito Romano, que vigorava ainda na Península, não obstante a dominação de outros povos.

---

3 Justiniano, porém, exclui da exceção os libertos.

4 Estas Prefeituras eram: do *Oriente*, da *Itália*, das *Gálias e* da *Ilíria.*

5 Vide o título anterior quando nos ocupamos do *breviarium Alaricianum.*

O Código Euriciano não podia reger a vida jurídica dos ibero-romanos, pelo que Alarico II, filho e sucessor de Eurico, dando execução a uma promessa paterna, mandou organizar o célebre *Breviarium Alaricianum*, que regulou as relações da vida jurídica dos romanos até ser substituído pela legislação *una*, que, mais tarde, veio pôr termo aos dois regimes de leis, um para os visigodos e outro para os romanos.

Subindo ao trono Leovigildo, um dos mais notáveis dos reis visigodos, procurou cercar sua pessoa da pompa e majestade necessárias a dar maior realce a sua autoridade[6].

Senhor absoluto do governo em conseqüência do falecimento de seu irmão Liúva, que o havia associado ao trono, dotado de um caráter enérgico, mas, de uma prudência refletida e de acentuado espírito de ordem, a sua passagem pela administração pública caracterizou-se principalmente pelas reformas administrativas, que conseguiu introduzir, especialmente no que dizia respeito à organização militar, imprimindo uma disciplina severa e não deixando amolentar as tropas, e aos interesses econômicos do Estado, criando o *Fisco Real* e regulando as finanças públicas, sob um regime de economias bem entendidas e de impostos proporcionais à fortuna dos contribuintes.

Vencedor de vários dos seus inimigos, como os cântabros e os suevos, cuidou, com boa vontade, de pôr a legislação privada em harmonia com as necessidades da época, revendo o Código Euriciano e imprimindo às suas próprias leis um cunho de atualidade, que muito contribuiu para dar à legislação de seu tempo uma importância que não haviam conseguido as dos seus predecessores.

---

6 Os reis visigodos governaram a Península desde 366 até 711 e, segundo a adaptação feita por Oncken – *História Universal,* vol. VI, do trabalho do Dr. Félix Dahn, professor da Universidade de Koenigsberg, *Hist. Primit. dos Povos Germânicos e Romanos* – é a seguinte a relação cronológica desses reis: Atanarico, Fridigerno, Alarico I, Ataulfo, Sigerico, Valia, Teodorico I, Turismundo, Teodorico II, Eurico, Alarico II, Gesalico e Amalarico (época em que governava a Itália Teodorico, o grande – 507 a 526), Teudis, Teudigiselo, Agila, Atanagildo, Liúva, Leovigildo, Recaredo, Liúva II, Viterrico, Gundemaro Sisebuto, Recaredo II, Suintila, Recimero, Sisenando, Chintila, Tulga, Chindasvindo, Recesvindo, Vamba, Ervígio, Egica, Witiza e Rodrigo. Ao todo, 37 reis.

Segundo os melhores historiadores do *Forum Judicum*, este monumento da legislação goda começou a ser organizado, de fato, desde o governo de Leovegildo, em virtude das modificações e aproveitamentos por ele operados no *Código de Eurico* e no *Breviarium de Alarico*, fazendo, assim, os alicerces da construção sólida levada a cabo pelos seus sucessores.

Ao lado de Leovigildo figurava o notável bispo metropolitano de Sevilha, o grande Leandro, filho de Severiano, duque e governador da província de Cartagena, hoje Múrcia, e irmão de Fulgêncio, Isidoro, Florentina e Teodósia, esta mulher de Leovigildo e mãe de Recaredo I, o ilustre monarca visigodo que abjurou o arianismo e fundou a unidade religiosa da Espanha, no célebre Concílio III de Toledo, realizado em maio de 589 e com assistência de 70 bispos e muitos outros Próceres da nação e magnatas do arianismo.

Neste Concílio, em que foram promulgados 23 cânones, regulando costumes e disciplina eclesiástica, a que o Rei prestou sua assinatura, teve magna parte o eminente metropolitano de Sevilha, que com Eutrópio, abade servitano, constituíram-se, na frase de um historiador contemporâneo, "*los que tuvieram la mayor mano en el Concilio, gobernaron y endereza-ron lo que en el se estableció*"[7].

Desde então, devido à coparticipação do Rei na organização de *leis estabelecidas*, entenderam os bispos que lhes cabia também ajudar os reis na organização das *leis civis*, modo de entender que se justificava pela reconhecida aptidão intelectual do clero católico, seus profundos conhecimentos da legislação romana e da língua e literatura latinas, indispensáveis para bem cuidar de assuntos jurídicos, e natural condescendência dos monarcas, que, em geral, se não preocupavam com outros assuntos senão os que diziam respeito à organização militar e às finanças do Estado, elementos fundamentais e imprescindíveis para o bom resultado das empresas guerreiras que os dominavam.

À semelhança do que ocorrera em Roma aos pretores, com seus *editos*, ao Senado, com seus *senatusconsultos*, aos imperadores, com suas *constituições*, fórmulas legais indicadoras do deslocamento do poder legislativo do povo para esses depositários do poder público, os concílios dos

7 *Fuero Juzgo* – ed. de D. León Amarita – (1841) – *Observ. Gener.* pág. XXIX.

bispos tornaram-se, quase exclusivamente, a única autoridade de onde provinham as leis novas ou as reformas necessárias da antiga legislação.

Data daquele concílio o cânon 18, pelo qual se estabeleceu que se reuniriam anualmente, nas Províncias, concílios formados pelos magistrados civis e arrecadadores das rendas públicas, neles intervindo os bispos para verificar a conduta de tais funcionários e examinar se estavam gravando demasiadamente os povos com impostos e exigências descabidas.

"Os concílios-parlamentos", diz Oncken[8], "legislavam porque representavam o elemento inteligente do país, que era indiscutivelmente o clero. O rei sancionava as suas resoluções, que só adquiriam caráter de leis depois que ele as incorporava no código; mesmo as disposições conciliares, puramente de governo interno da Igreja, necessitavam a sanção real para serem válidas, de modo que o rei era também espiritualmente o soberano do país; de nada lhe serviam, porém, todas estas prerrogativas de sanção, pois, jamais lhe ocorreu negá-la às leis votadas em concílio, porque a menor indicação do clero bastaria para que os nobres visigodos aproveitassem a ocasião para destronar e assassinar o rei.

"Nestas condições, o rei não era obrigado a convocar concílios-parlamentos para discussão dos orçamentos, como os nossos monarcas constitucionais, e muito menos lhe servia a faculdade de fazer entrar nestes concílios todos os magnatas que quisesse, quer dizer, a facilidade de assegurar-se a maioria, como hoje dizemos, por um grande número de sacerdotes.

"É tão digno de elogio o fato de os eclesiásticos convocarem freqüentemente concílios, como o é de censura o de jamais se convocarem concílios por exclusiva iniciativa dos príncipes.

"De resto, nestas assembléias o número de nobres estava para o dos eclesiásticos na relação de 20 para 80.

"Encarregados estes concílios de legislar, a um tempo, sobre matérias eclesiásticas e civis, e cabendo ao rei a inclusão das suas decisões na coleção de leis do reino, necessariamente haviam de figurar nesta coleção as duas qualidades de leis e, deste modo, tanto o rei com os seus funcionários, se viram freqüentemente na necessidade de aplicar leis de disciplina puramente eclesiástica e, o que é mais, de um modo direto e sem intervenção

8 *Hist. Universal* – cit. vol. VI, pág. 437.

do respectivo ordinário, anomalia estranha, mas, em verdade, só aparente, pois que todas as leis eram, no fundo, obra direta e única do episcopado.

"Deste modo, votavam os concílios e aplicavam, depois, os juízes, regras e preceitos referentes ao direito das igrejas sobre as propriedades; a assuntos matrimoniais, como impedimentos, divórcios, etc.; a crimes contra o pudor cometidos por eclesiásticos.

"Em virtude destas disposições, os juízes impunham também penitências, sem distinção, tanto a membros do clero como a indivíduos laicos, como jejuns, reclusão num convento e excomunhões.

"Vê-se, pois, que o amálgama do Estado e da Igreja era completo, tendo-se feito aquele eclesiástico e esta secular, pois que os bispos tinham também o encargo de velar pelo cumprimento das leis, especialmente das que se referiam à perseguição dos judeus.

"Daqui a sua jurisdição sobre as autoridades civis que as aplicavam e o virem também a formar por este mesmo caráter a segunda instância, quando se apelava das sentenças do juiz ordinário."

Desta rápida resenha dos fatos e circunstâncias que levaram o clero e o rei a um acordo tácito para a constituição do poder legislativo dos visigodos, e atendendo, por outro lado, à cultura intelectual dos bispos, à riqueza pacientemente acumulada por eles, à influência que exerciam no espírito público pela sublimidade do ministério que desempenhavam e às várias funções que lhes eram cometidas para a manutenção da ordem pública, fácil será compreender a importância que assumiram os concílios e a supremacia do clero na administração pública.

A cidade de Toledo, quer por sua situação geográfica central, quer por se ter constituído a capital do reino e sede do governo civil e eclesiástico, assumia uma importância notável, chamando para si a atenção de toda a Península e tornando-se, por isso, um grande e poderoso reduto, onde se reuniam os homens mais ilustres daquele tempo.

A introdução da vida monástica pelo monge Donato, vindo da África com um punhado de auxiliares de apostolado; o aparecimento de João, bispo de Gerona, no célebre mosteiro de Valclara e, acima de tudo, os trabalhos de S. Isidoro e de sua irmã Sta. Florentina na propaganda da fé, no aperfeiçoamento da família e na reforma dos costumes, completaram a preparação do terreno para ser lançada a semente que começou a ger-

minar com o advento do rei Chindasvindo, época em que começaram as verdadeiras tentativas para a organização de um corpo de leis que pudesse substituir a codificação de Eurico e o amontoado informe da legislação, que vinha sendo promulgada desde Leovigildo.

Quatro foram as coleções tentadas, a começar pela do sucessor de Tulga, que teve início em 18 de outubro de 648, no VII concílio toledano.

Aí reunidos 39 bispos dos mais ilustres desse tempo, sob a presidência de Orôncio de Mérida, invocaram a necessidade de manter a tranqüilidade pública e de aplicar justa punição a civis e eclesiásticos culpados de alta traição, como os que se haviam constituído em um partido de facciosos e revoltosos contra a autoridade do rei[9], para justificar a intromissão do concílio na organização das leis civis.

Foi nesse concílio que se fez a primeira coleção julgada pelo rei tão completa e perfeita que, a semelhança do que fizera Justiniano, declarou revogadas todas as leis anteriores, proibiu o uso em qualquer juízo das leis romanas e determinou que todos os pleitos que surgissem daí em diante, quer civis, quer crimes, fossem processados e julgados exclusivamente de acordo com as regras estabelecidas na sua coleção.

Esta coleção, não obstante haver afastado da prática dos tribunais a autoridade do *Breviarium Alaricianum*, que era o corpo das leis aplicáveis às causas dos peninsulares, chamados *romanos*, as quais vinham produzindo salutares efeitos na cultura do Direito propriamente romano, pela necessidade de recorrer às fontes para melhor conhecer a origem dos textos do *Breviarium*, a coleção de Chindasvindo, repetimos, se, por um lado, teve essa desvantagem, por outro lado realizou a necessária unificação da legislação nos vastos domínios do reino, idéia que vinha preocupando o espírito público desde que, com o advento do governo de Suintila, desa-

---

9 São textuais estas palavras transcritas por Oncken – *Hist. Univ.* – cit. vol. VI, pág. 472, como razão dessa intromissão: "a obstinação e desobediência debilitam a força do reino e impõem ao exército godo trabalhos e canseiras sem fim e isto poderia passar se apenas se tratasse de leigos obcecados; mas, o pior é que vemos muitos indivíduos do clero precipitarem-se irrefletidamente em tão imprudentes empresas".

pareceu, de fato, a distinção entre *iberos* e *romanos*, ou, para melhor dizer, entre *peninsulares* e *imperiais*[10].

A causa da unificação da legislação não foi, como pensam muitos historiadores do direito peninsular, o propósito de arredar a influência da civilização romana, mas, tão-somente estreitar, o mais possível, os laços de coesão entre os habitantes da Ibéria, a fim de reuni-los efetivamente e poder preparar a defesa contra os inimigos externos, principalmente do lado da África, que já se vinham impondo ao respeito dos godos e indicando o que pretendiam levar a aefeito, dentro em breve, com a sua invasão, ao mesmo tempo, territorial, política e religiosa.

Recebido como o corpo da legislação vigente e imposto a todos, sem distinção alguma de raças ou de nacionalidades, o trabalho do VII concílio de Toledo teve, todavia, uma existência efêmera e as penas que esse código estabelecia atingiram a tão exageradas proporções, que até o próprio rei que as desrespeitasse "*seria excomungado e tido como renegado da fé católica*".

Falecido Chindasvindo, subiu ao trono seu filho Recesvindo e um dos seus primeiros cuidados de administração foi exatamente violar a vontade paterna, mandando organizar uma nova coleção para substituir a recentemente feita.

Duas versões atribuem esta deliberação a causas diferentes; uma dá como razão da nova coleção a existência de muitas imperfeições no trabalho anterior, cujas lacunas obrigavam a recorrer freqüentemente às leis e ju-

---

10 Carlos de Carvalho – *Nova Consolidação* – Introdução – pág. XXXI –, entendia que: "Proclamada a unidade nacional no 3º Concílio de Toledo (589-627) pela unidade religiosa, hispano-romanos, suevos, cântabros, godos, seguiram todos a mesma fé sob Recaredo, o rei católico. Como precursor do sentimento que integrou em 1492 os esforços do tempo de Chintila – a expulsão das raças nem espanholas nem católicas –, pretendeu o *Liber judicum* consolidar a fusão legal dos povos, estabelecendo a unidade do direito, mas não o conseguiu. Sobreviveu o direito germânico; o costume o manteve. Leis e práticas dessa origem, não incluídas na codificação geral, continuaram a vigorar, desenvolvendo-se a vontade, quando faltou a pressão do episcopado. Rota a unidade nacional, o espírito de localidade aviventou-se e no longo período da reconquista o direito foral era o comum e o código visigótico o supletório." – (Marquês de Pidal – *Gob. y legisl. esp.* pág. 64; – Muñoz y Romero – *Disc. leidos ante la R. Acad.*)

risprudência de Roma, o que impedia a fusão dos povos peninsulares; outra julga que, não tendo o VII concílio de Toledo se reunido com a presença de todos os bispos mais notáveis daquele tempo, pois, 39 foram os que compareceram, quando o clero já contava mais de 60, o rei Recesvindo quis, com isso, revelar a sua piedade cristã e a firme resolução de governar com a colaboração dos mais reputados sábios de então e do maior número possível.

Por esta, ou por aquela razão, o que é certo é que em 16 de outubro de 652 reuniram-se em Toledo, na presença de Recesvindo e sob a presidência de Orôncio, 51 bispos, 14 delegados de outros, 13 abades, 17 nobres, 15 cidadãos godos e dois romanos e deram início aos seus trabalhos, fazendo o rei a entrega do *Tomo Régio*, no qual declarava expressamente que o fim do Concílio era cuidar com particular interesse da renovação e aperfeiçoamento da legislação civil, reservando, ele rei, para si, o direito de sanção às leis votadas[11].

Organizada, assim, a nova coleção, na sessão realizada em 17 de dezembro de 653, na presença também do rei e com a assistência de 52 bispos, 10 vigários representantes de prelados ausentes, 12 abades e 16 grandes senhores da Corte, Recesvindo pediu especialmente a estes que ajudassem a executar o que os padres haviam feito.

Julgou o rei tão perfeito o trabalho e correspondendo com tanta exatidão ao que tinha em vista, que fez expedir uma lei especial, como era costume em tais casos, proibindo o julgamento de qualquer pleito por leis que não estivessem na sua coleção, sob pena do pagamento ao rei da multa de *XXX libras doro*[12].

---

11 Veja-se a lista dos nomes de alguns dos membros deste Concílio em o cit. Oncken – loc. cit.

12 Esta lei que, aliás, não faz parte das coleções do *Forum Judicum*, mas, sim, do Códice de Campomanes, porém, foi cotejada, pela Academia Real de Madri, com o texto do *Fuero Jusgo*, é concebida textualmente assim:
"Que nengun omne non presente otro libro al iuiz sinon este.
"Nengun omne de todo nostro regno defendemos que non presente al iuiz para julgar en nengun pleyto otro libro de lees si non esti nuestro, ó otro traslado regundo iste; y si lo facier alguno peche XXX libras doro al rey. Et el iuiz pois que tomar el otro libro defendudo, si lo non rompier, ó lo non espedazar, reciba aquella misma pena. Mas aquellos non queremos que ayan na pena de esta lee los que quisieren las otras lees que foron ante fechas, allegar, non por destruir estas nuestras, mes por afirmar los pleytos que son passados por ellas. – El Rey Flavio Rescindo."

Governou Recesvindo desde 22 de janeiro de 649, associado a seu Pai, e só de 1º de outubro de 652 a 1º de setembro de 672, realizando-se durante estes 20 anos os Concílios de Toledo – VIII, no qual se levou a efeito a coleção de que se trata, – IX e X, bem assim o de Mérida, efetuado em 666, todos notáveis pelas medidas de administração que tomaram, nas quais se nota a influência de homens superiores para a sua adoção, como os ilustres sábios e virtuosos metropolitanos de Saragoça, São Bráulio e Tajon, e os primazes de Toledo, São Idelfonso e Santo Eugênio III.

Sucessor imediato de Recesvindo, o virtuoso Vamba convocou o XI Concílio toledano, que iniciou seus trabalhos em 7 de novembro de 675 e sendo esse rei removido do trono por uma série de manobras políticas com as quais se pretendia demonstrar que abdicava espontaneamente, assumiu o poder o rei Ervígio que, abrigado em um convento e procurando assentar a sua autoridade no prestígio do clero, fez com que se reunisse o XXI Concílio de Toledo, em 9 de janeiro de 681 sob a presidência do arcebispo Julião, o qual, depois de justificar os crimes do usurpador e salientar as culpas do rei destronado, tratou de rever o código de Recesvindo, declarando no *Tomo Régio* que deviam ser renegadas todas as leis que os bispos entendessem contrárias à justiça e feitas outras conforme julgassem conveniente ao bem público.

Provavelmente foi obra deste Concílio o célebre código das 27 leis penais aplicáveis aos judeus, que não foram adicionadas à coleção mandada organizar por Ervígio, nem fazem parte das conhecidas edições latinas e espanholas do *Forum Judicum*, talvez para poupar à humanidade a leitura de exemplares indignos, de instrumentos desumanos de uma intolerância mesquinha de homens que se diziam propugnadores do amor e da caridade cristã[13].

---

13 Para mostrar a que excessos de impiedade chegaram esses legisladores, basta ver que a pena aplicável ao sacerdote judeu que celebrasse o sacramento da *circuncisão* e àquele que guardasse o sábado, além de cem açoites, sofria a *decalvação*, que consistia em cortar ou descolar o pericrâneo em torno a testa e moleira.
O espírito de fraternidade do rei Ervígio bem pode ser avaliado pela seguinte lei de sua lavra: "Porque muchas vezes los servos fuen de los señores, e dizen que son libres, e casan con moyeres libres: por onde estabelecemos en esta ley que se algun servo que fue de so señor en alguna manera, siquier diga que es libre, siquier

Esta terceira coleção teve a mesma sorte das anteriores, sendo objeto de modificações e novas adições nos concílios realizados, ainda sob Ervígio, isto é, o XIII, reunido em 4 de novembro de 683, e o XIV, em 17 de novembro de 684, e, afinal, novamente revista no XV, convocada em 11 de maio de 688 e XVI, em 2 de maio de 693, ambos estes sob o governo de Égica, genro de Ervígio.

Foi neste último concílio toledano que o *Forum Judicum* tomou sua forma definitiva. O célebre concílio XVI teve como seu presidente o primaz Félix e como membros componentes 79 personalidades das mais ilustres daqueles tempos, das quais 63 pertenciam ao clero e 16 à nobreza.

Apresentado o *Tomo Régio*, em que se lembrava a necessidade de pôr termo definitivamente à organização do código de leis para ser aplicado a todo o vasto reino visigótico, procedeu-se a uma revisão geral das coleções de Chindasvindo, Recesvindo e Ervígio e, organizada a coleção, deu-se-lhe a denominação de *Forum Judicum*, sendo também chamada *Líber Judicum*, *Codex Legum* e *Lex Visigothorum*.

Escrito na língua latina, o que explica, ao mesmo tempo, a origem sacerdotal e a fonte principal dos seus subsídios, que foi o *Breviário* de Alarico, – o *Forum Judicum* é incontestavelmente um dos monumentos legislativos da Península Ibérica e aquele que resistiu com mais vigor às múltiplas revoluções políticas e sociais ocorridas entre os povos que se sucederam na dominação luso-espanhola.

Desde a sua promulgação, em 693, até a sua definitiva substituição pelas *Siete Partidas*, a valiosíssima compilação de Afonso X, que apareceu em 1265, decorreram 572 anos, durante os quais o princípio da lei geral, aplicável a todos e em todo o território da Ibéria, teve de abrir luta tenaz contra o princípio acanhado da lei particular, reguladora dos interesses regionais, dos municípios e conselhos.

---

diga que non, si se casar con moyer libre, todos os fiyos que nascerem de tal ayuntamento sean servos como so padre: assi que pues que venier el senor puede demandar el padre com sos fiyos, e com todo so peguyar. Otrosi dizemos de las servas que fuen de sos senores, e casan con omes libres." – Livro IX, Título I, Lei XVI.

Aquele princípio tinha a sua expressão genuína no *Forum Judicum*, cujos dispositivos consagravam-no expressamente e até com certa elevação de pensamento e de linguagem[14]; o outro manifestou-se nos *fueros* particulares, mistos informes e muitas vezes desordenados de legislação *política, civil, criminal* e *econômica* das pequenas circunscrições territoriais a quem eram concedidos, a princípio como privilégio aos senhores das terras, depois como verdadeira e legítima legislação[15].

Embora banida a autoridade dos visigodos, com a queda de Rodrigo a 25 de julho de 711, e da dominação absoluta dos mouros sobre os povos que constituíam a nação espanhola, o Código de Égica nunca perdeu sua feição de lei geral e embora já não tivesse o poder de impor-se devido ao desaparecimento daquele cunho de autoridade, continuou, todavia, a ser aplicado por condescendência dos novos dominadores, ou, quem sabe, pela mesma razão de intuição política que sugeriu aos visigodos a necessidade de deixar à nação conquistada o império de suas próprias leis.

A importância do *Forum Judicum* é, pois, manifesta, e a sua influência na formação do Direito peninsular não pode ser posta em dúvida, como também se lhe não pode recusar o caráter de uma das causas do desenvolvimento do Direito Romano e da sua transplantação para as nações ibero-americanas[16].

Resta apenas dizer que, da mesma forma que a Lei Decenviral e os dois códigos de constituições mandados organizar pelo Imperador Justiniano, o *Forum Judicum* estava dividido em 12 *livros*, os livros subdivididos em *títulos* e os títulos em *leis*, tendo cada título e cada lei uma

---

14 Sob a epígrafe – "*Que cosa es ley, y que provecho y que utilidad tiene*" – encontra-se na tradução do *Forum Judicum* – L. I, T. II, Ley II, a seguinte definição: "La ley es por demonstrar las cosas de Dios, e que demonstra bien viver, y es fonte de disciplina, e que mostra el derecho, e que faz ordinar las buenas costumbres, e governar la cibdat e amar justicia, e maestra de virtude, coida de todel pueblo."

15 Leia-se com grande proveito, a notável sexta Lição, págs. 51 a 62 – do *Curso de Legislação Comparada* (1903) do eminente mestre Cons.º Dr. Cândido de Oliveira –; Teófilo Braga – *Os Forais* – e Alexandre Herculano – *Hist. de Portugal* – nos pontos indicados pelo sábio mestre patrício.

16 Veja-se L. 3º, T. IV – *O Direito Ibero-Americano*.

epígrafe, designando os seus objetos, e a indicação do Concílio ou do rei que decretou a lei.

FUERO JUZGO OU EL LIBRO DE LOS JUECES. – O *Forum Judicum* foi traduzido em língua castelhana por ordem do rei São Fernando (D. Fernando III) e dado por foral particular à cidade de Córdova, em 4 de abril de 1241 e, posteriormente, em quase todos os demais dialetos que se falavam na Ibéria. Naquela tradução deram-lhe a denominação de *Fuero Juzgo*, a que mais tarde juntaram a de *El Libo de los Jueces ó Fuero Juzgo.*

A tradução fernandina, posto que não houvesse trasladado completamente a coleção de Égica e tenha muitas lacunas e defeitos substanciais, conservou, contudo, a mesma divisão em 12 *livros*, os livros em *títulos* e estes em *leis*. Contém, além disto, uma *Rubrica*, um *Exórdio* e um *Prólogo.*

No *Exórdio* vem uma exposição da solenidade do início dos trabalhos do concílio de Toledo, em que se diz haver o rei Sisenando, que governou de 631 a 636, ordenado a todos os bispos que se juntassem e "*por el so ensenamento fecessemos todo comonalmente un tractado de las cosas de Sancta Eglesa e de sos estabrecementos*".

No *Prólogo*, que contém 18 leis[17], trata-se em um só título. – "*De la elecion de los Principes, e de lo que ganan*", – tendo a *Ley Primera* a seguinte epígrafe – "*Que el Rey se dice de reynar y administrar justicia, y asi la debe mucho guardar y ser piadoso con sus subditos.*"

A *Rubrica* está assim expressa:

"ESTE LIBRO FU FECHO DE SESENTA E SEYS OBISPOS,
"EN O QUARTO CONCEYO DE TOLEDO, ANTE LA PRE-
"SENCIA DEL REY DON SISNANDO, EN O TERCERO ANO
"QUE EL REGNO, E NA ERA DE SEYSCIENTOS Ê OCHÉNTA
"E UN ANO. REY SISNANDO."

---

17 Estas leis tiveram origem: no IV concílio – 3, no V, – 4, no VI, – 4, no VII e no XII – 2, no XIII – e no XVII uma em cada um. A Lei 16, que se atribui ao XVII concílio, está efetivamente subscrita assim: – "*El Rey Egica. Esta ley fizieron sesenta obispos, eno, XVII ceptimodecimo conceyo de Toledo*" –, mas, é evidentemente uma adição, pois, como vimos, a coleção de Égica ficou definitivamente terminada em 693, no XVI concílio, e, portanto, dela não podia fazer parte uma lei promulgada no XVII concílio, que foi convocado em 9 de novembro de 694 e o penúltimo que se efetuou antes da dominação sarracena.

Esta *rubrica*, como se vê, subverte toda a história do monumento, deslocando o início de sua confecção, que foi pelo menos no VII concílio de Toledo, cuja primeira sessão teve lugar no dia 18 de outubro de 648, portanto 12 anos depois da morte de Sisenando, e a época de sua conclusão, que remonta, como vimos, ao XVI concílio, realizado em 2 de maio de 693, sob o governo de Égica.

Ouçamos sobre esta *rubrica* a opinião de três dos mais autorizados historiadores que procuraram esclarecer as dúvidas que ela sugere e resolver a questão com relativa segurança.

Lardizabal[18] assim se exprime:

"Atribui-se também comumente a Sisenando e se crê ter sido feita por ordem sua neste concílio (IV) a coleção de leis que chegou até nós com o título de *Fuero de los Jueces* ou *Fuero Juzgo*. Mas, embora sejam muitos os que o dizem, nenhum deu uma só prova que convença.

"Todo, ou, pelo menos, o principal fundamento desta opinião comum, se bem se examina, se vê que está reduzido à inscrição que se encontra no princípio dos códigos castelhanos, em que se diz:

"'*Esti libro fó fecho de LXVI obispos enno quarto concelio de Toledo ante la presencia del Rey Sisenando enno tercero anno que regnó. Era de DC et LXXXI anno*'[19].

"O ver assegurado um fato com tanta firmeza em uma inscrição de igual antiguidade a dos códigos a cuja frente se acha, como o prova a sua linguagem igual a dos mesmos códigos, deslumbrou de tal sorte os escritores, que lhes não deixou arbítrio para fazer as óbvias reflexões que estão manifestando, desde logo, a falsidade do conteúdo da inscrição.

---

18 Discurso preliminar sobre a legislação dos visigodos e formação do *Libro* ou *Fuero de los Jueces* e sua versão castelhana, pág. XX e XXI na edição da Academia espanhola – segundo indicação feita na nova edição (1841) da Imprenta de *D. Leon Amarita*, acima citada.

19 Como se vê o próprio Lardizabal não transcreveu textualmente a rubrica, notando-se entre a que consta da edição supramencionada e a transcrita pelo ilustre historiador alterações de grafia, o que indica ter ele se servido exclusivamente da edição da Academia, sem atender à de Villadiego.

"Esta, além de conter um erro notório, nada menos do que na data do concílio, pondo-o em 681 em lugar de 671, e também no número dos bispos, que foram 62 e não 66, não se encontra nos códigos latinos, como tampouco se encontra o *prólogo* que, em continuação a ela, trazem todos os códigos castelhanos e cujas leis, à exceção de duas, das dezoito de que se compõe[20], todas foram tomadas de concílios toledanos posteriores ao quarto, prova evidente de que o *prólogo* se não fez, nem podia fazer-se, neste concílio, o que junto ao erro de data e número de bispos assistentes ao concílio, bastava para ter, ao menos, despertado suspeita e solicitado para o caso mais atenção e cuidado.

"Mas, o mesmo concílio decide a meu ver a questão sem que reste dúvida alguma. Em todo ele não há uma só palavra, não só que prove, mas, também, em que haja a mais remota alusão ao se ter formado nele a coleção de que se trata.

"E como será crível que se não tivesse feito menção alguma, nem que se houvesse deixado qualquer lembrança ou vestígio, se efetivamente o concílio houvesse tratado de assunto de tanta importância e que tanto interessava a toda a nação, como era a formação do código legislativo pelo qual devia governar-se? Ainda se haverá isto por mais incrível se se atender à prática constantemente observada nos concílios toledanos, pois, o príncipe que o congregava propunha no *Tomo Régio* o que devia tratar-se no concílio e assim se vê feita a proposta sobre o mesmo assunto de coleção de leis nos concílios VIII, XII e XVI, e isto torna também mais inverossímil que Sisenando, se tivesse pensado em formar a coleção nesse concílio, deixasse de propô-la como uma das coisas mais importantes que havia de tratar.

"O padre André Burriel, ainda que em sua erudita carta a D. João de Amaya pareça inclinar-se à opinião comum, nela atribui o erro de crer formada a coleção no concílio em que S. Isidoro, que presidiu o Concílio IV, acaso publicou a sua coleção de cânones, que havia feito pelo modelo da de Dionísio Exíguo, ainda que mais extensa e melhor distribuída '*donde pode provir a notícia*', diz Burriel, '*de se ter formado e publicado em*

20 Há engano neste asserto: o *prólogo* contém 3 leis do IV concílio de Toledo, que são as de ns. II, III e VIII.

dito concílio o Fuero Juzgo, equivocando-se as coisas. Porém tampouco há indício ou sinal em tal concílio de que nele se houvesse publicado a coleção de cânones de S. Isidoro.

"Com mais probabilidade e verossimilhança, diz Ambrósio de Morales (*Cron.* lib. 12, cap. 20): – Deu causa a este erro, ao que se pode crer, o fato de ser a primeira lei deste livro a do princípio do quarto concílio toledano, onde se diz que o rei Sisenando, com seus prelados e senhores, se juntou em Toledo para prover sobre um bom governo, prosseguindo daí em diante o que diz respeito à eleição do rei. Que não leu, ou não advertiu mais do que isto, pensou que a reunião tenha sido para recapitular este livro, e assim lhe deu o nome. Porém, seja a causa do erro o que diz Morales ou, Burriel, ou qualquer outra, sempre é um erro e, por conseguinte, falsa é a opinião comum, que não tem outro fundamento."

A *rubrica*, portanto, não contém um fato verdadeiro. Foi provavelmente escrita por algum copista ignorante da história do monumento, atribuindo-o ao quarto concílio de Toledo, que, de fato se reuniu no terceiro ano do governo de Sisenando[21], isto é, em 5 de dezembro de 633, mas, não na era de 681, como diz, pois, quem governava a esse tempo era Ervígio, que subiu ao trono em 15 de outubro de 680 e nele se manteve até 15 de novembro de 687[22].

O *Fuero Juzgo*, embora seja uma tradução do *Forum Judicum*, difere, todavia, deste, pois, várias foram as traduções levadas a efeito, consistindo as diferenças não somente no número de leis, como também na ordem guardada na distribuição das matérias e numeração das respectivas leis.

Estas diferenças, segundo afirma Covarrubias[23], deram lugar a que Filipe II mandasse arrecadar todos os manuscritos existentes nas livrarias das catedrais, nos mosteiros e até mesmo nas estantes dos particulares, a fim de fazer uma edição o mais correta possível, obtendo o texto definitivo pelo confronto das diversas cópias que fossem colhidas na arrecadação.

---

21 Sisenando reinou de 631 a 636.

22 Foi o XII concílio de Toledo que se reuniu em 9 de janeiro de 681 e não o IV, o que quer dizer que a *rubrica* contém um erro de fato que importa em um salto de 48 anos.

23 *Tesoro de la lengua castellana* – verb. – *Fuero Juzgo* – cit. na introd. da ed. Villadiego.

Trabalho idêntico teve, depois, a Academia Espanhola, que seguiu, no entanto, método ainda não adotado, pois, em vez de escolher, entre vários manuscritos, aqueles que lhe parecessem verdadeiras e genuínas reproduções do Código original, preferiu escolher um exemplar somente que lhe mereceu plena confiança e pôs ao seu lado as diferenças notadas nas várias cópias que conseguiu acumular. O exemplar adotado foi aquele que o grande Rei Afonso X, o *sábio*, deu à cidade de Múrcia.

Não obstante o notável esforço dos sábios da Academia e do merecimento incontestável do seu trabalho, a edição de maior aceitação, embora sem a autoridade da oficial, é a do Dr. Alonso Villadiego, cujo exemplar possuímos como verdadeira preciosidade.

Para terminar, basta dizer que o *Fuero Juzgo*, embora organizado cento e sessenta anos depois dos trabalhos do Imperador Justiniano, nem de leve se lhes poderá comparar, quer no fundo das disposições, quer na forma e na elegância da linguagem[24].

---

24 Para que o leitor bem conheça o objeto das leis que compõem o *Fuero Juzgo*, vai no Apêndice a cópia do *Indice de las leyes que comprendem los doce libros del Fuero Juzgo*.

Título IV

LEY DE LAS SIETE PARTIDAS

SUMÁRIO – QUEDA DOS VISIGODOS. INVASÃO DOS SARRACENOS NA PENÍNSULA IBÉRICA. O *CALIFADO DE CÓRDOVA.* EXPULSÃO DOS MOUROS. OS *FORAIS* DOS REIS DE LEÃO E CASTELA. D. FERNANDO III E D. AFONSO X, O *SÁBIO* OU O *ASTRÔNOMO,* SEUS TRABALHOS LEGISLATIVOS: O *ESPECULO,* O *FUERO REAL DE ESPAÑA* E AS *SIETE PARTIDAS* – ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CAUSAS DETERMINANTES DA ORGANIZAÇÃO DAS *SIETE PARTIDAS.* A SUA DIVISÃO EM *SETE PARTES* E A FUSÃO DO DIREITO ROMANO E DIREITO CANÔNICO. ORIENTAÇÃO CIENTÍFICA. DESCRIÇÃO DO MONUMENTO E EDIÇÕES COM SIMPLES TEXTO E GLOSADAS: A EDIÇÃO DE GREGORIO LÓPEZ. INFLUÊNCIA DAS *SIETE PARTIDAS* NA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS E ESPANHOL. A SITUAÇÃO DA PENÍNSULA IBÉRICA EM FACE DAS CORRENTES DE OPINIÕES DOS ROMANISTAS E CANONISTAS. OS TRÊS FATORES DA RECONSTRUÇÃO JURÍDICA, PRINCIPALMENTE EM PORTUGAL. O VALOR DAS *SIETE PARTIDAS.*

CONHECIDA a origem dos habitantes da Península Ibérica e estudadas as sucessivas invasões de povos diversos que a dominaram, ficamos sabendo que, até a dominação dos visigodos, os monumentos jurídicos que aí imperaram foram: o *Código de Eurico*, o *Breviário de Alarico* e o *Fuero Juzgo*, sendo que o primeiro regia as relações dos visigodos somente, o segundo as dos romanos habitantes da Península e o terceiro as de uns e outros, realizando a unidade de legislação.

Resolvida a dominação visigoda com a queda de Rodrigo, na célebre batalha de Crisso, seguiu-se a marcha triunfal dos árabes, através da

Espanha, ocupando Arquidona, Beja, Córdova, Carmona, Elvira, Mérida, Medina, Niebla, Ossuna, Zaragoza, Sevilha, Sidônia e Toledo e, não obstante as rivalidades entre os generais Taric e Musa, firmou-se a dominação sarracena com a fundação do *Califado de Córdova*, "cuja sede", conforme afirma Cândido de Oliveira[1], "se converteu em esplêndido foco de luz e civilização no meio das trevas medievais" [2].

As lutas intestinas entre vencedores e vencidos começaram desde logo e a causa principal delas foi, sem dúvida, a disparidade de religiões: os invasores divididos em várias seitas, os invadidos fiéis ao cristianismo, constituindo-se, assim, uma população *muçulmano-cristã*, em permanente hostilidade recíproca.

Mas, se a fé dos cristãos dava-lhes a força e a audácia para a conquista das consciências muçulmanas, as preocupações econômicas e literárias dos adeptos de Islã davam-lhes um certo espírito de tolerância.

As leis e os costumes dos peninsulares continuaram a regular as suas relações privadas; as autoridades judiciárias foram mantidas em diferentes pontos e, de tolerância em tolerância, a permissão para o culto público da religião cristã tornou-se um fato, dentro de pouco tempo.

Embora de inteligência viva e mais ou menos hábeis na direção dos negócios públicos, os mouros, em sua passagem pela Península Ibérica, não deixaram sinais ou vestígios de cultura jurídica dignos de nota.

Não obstante isso, ficaram deles, na linguagem burocrática, algumas expressões, como *aguazil* (al-uazir) – oficial de justiça, *alcaide* (alcaid) – governador, *alfândega* (al-fondah), termos que vão, pouco a pouco, caindo em desuso, como acontece com os dois primeiros que nem mesmo em Portugal se empregam atualmente.

---

1 Cit. *Leg. Comp.* – liç. XXII, p. 259.

2 Hroswitha, a célebre monja de Gandersheim, em uma de suas obras, diz, sobre a cidade de Córdova, que: "é a jóia brilhante do mundo, orgulhosa de seu poder, notável por suas delícias e senhora inconteste de todas as coisas". – F. vol. Schack. – *Poesia e arte dos Árabes na Espanha e Sicília* – Berlim – 1865, I, 61 – Oncken – Cit. *Hist. Univ.* – vol. IX, p. 395.

Entretanto, observa Alexandre Herculano, citado por Cândido de Oliveira[3], os árabes seguiam um sistema diverso do adotado pelos visigodos em relação às costumadas usurpações da propriedade individual, porque eram gentes mais ou menos civilizadas e compreendiam como uma nação pode subjugar e incorporar em si outra, sem expropriar o domínio individual da terra.

Aos godo-romanos, que sujeitavam à ponta de lança, impunham o tributo de um quinto sobre o rendimento da terra; aos que se lhes submetiam voluntariamente impunham um décimo.

A isto se ajuntavam outros tributos como certas porções de frutas, medidas de vinagre, de azeite, etc.[4]; mas, aquelas eram as contribuições características do fato da conquista.

De resto, os vencedores, deixando os vencidos na mesma situação em que os tinha encontrado, respeitavam, a um tempo, a sua crença, a sua propriedade e, o que é mais, a essência e a forma das suas instituições civis.

Expulsos os mouros de Granada, último domínio dos seus chefes, e assegurado definitivamente o absoluto predomínio da religião cristã, a legislação, que, então, prevalecia na Península, constituía um verdadeiro caos.

Os monumentos erigidos pelos visigodos, como o *Breviário de Alarico* e o *Forum Judicum,* embora não tivessem sido inteiramente abandonados, não tinham, entretanto, a importância de outrora.

Dominavam, de preferência, os costumes e regras que se formavam em torno da velha legislação, corrigindo-a ou deturpando-a, e os *Forais,* leis territoriais, muito restritas, outorgadas pelos monarcas a seus

---

3 Cit. *Leg. Comp.* – 6ª liç. – p.150

4 Em Portugal, como entre nós, dava-se a estes tributos a denominação característica de *Pitança.* Nos contratos de enfitense, celebrados pelos conventos com os seus foreiros, vem sempre, além da paga em dinheiro, estabelecida a contribuição de pitança – isto é, uma certa porção ou medida dos produtos das terras aforadas.
O mesmo também se verifica, nesta capital, nos contratos de locação de casas de espetáculos públicos, em que um certo número de lugares (cadeiras ou camarotes), os primeiros que forem vendidos, pertecem ao locador, facultando-se a este o poder receber os próprios bilhetes. Dão-se a estes lugares a denominação de *Cativos.*

súditos, nas quais se estabeleciam regras de Direito Civil, Criminal, Administrativo e Fiscal.

Entre os *Forais* de maior importância destacam-se os concedidos pelos reis de Leão e Castela aos municípios de Cuenca, Logrono, Najera, Sepúlveda, e o célebre *Fuero Viejo de Castella*, organizado por D. Afonso VIII, em 1212.

Subindo ao trono da Espanha o ilustre rei D. Fernando III, *rex excellentissimus et invictissimus atque sancrissimus*, como o proclamou Gregorio López, tratou o morarca, por força do resolvido nas cortes de Valladolid, em 1217, perante as quais prestou seu juramento de fidelidade, de levar a efeito a união definitiva de Castela e Leão, a fim de conseguir incorporar aos seus domínios os territórios vizinhos.

Conquistou D. Fernando grande parte da Andaluzia, assenhoreando-se da propriedade territorial privada e distribuindo-a entre os que o acompanhavam na conquista, passando, depois, a Múrcia, a Jaen e, finalmente, a Sevilha, último ponto de apoio dos almohades, aos quais venceu, graças aos auxílios do Almirante Bonifaz e dos mouros de Granada.

Morto D. Fernando III, logo após a tomada de Sevilha, tendo governado 35 anos *in quibus nec fames, nec pestis fuit in regno suo*, pelo que deram-lhe o cognome de *Santo*, foi o trono ocupado por D. Afonso X, conhecido na história como *O Sábio* e também *O Astrônomo.*

Destinado a prosseguir na obra da reconquista, tratou de arrancar os mouros a posse de Granada e a costa de Málaga, não tendo conseguido aquele fim por causa de uma outra pretensão, que alimentava desde os tempos do governo de seu pai.

Tendo falecido Guilherme, imperador alemão, trataram os súditos de dar-lhe sucessor, reunindo-se, para isso, em uma *Dieta*, em Frankfurt, composta de sete eleitores, tendo Afonso X obtido quatro votos e Ricardo da Cornualha três votos.

Este, prestigiado por seu irmão Henrique III, rei da Inglaterra, e invocando o parentesco com Frederico II, casado em terceiras núpcias com sua irmã Isabel de Inglaterra, e os serviços que havia prestado à cristandade com os tratados de paz e amizade que celebrados na *Terra Santa* e com o Sultão Ayub, ajudado pelos cruzados de França e pelos cavaleiros da Ordem Teutônica, abriu luta com seu rival durante muitos anos, tendo

Afonso X, a conselho do Papa, desistido de sua eleição e pondo termo à controvérsia que tantos desgostos lhe causou.

Chamado a refrear vários movimentos revolucionários promovidos por seus próprios filhos, teve de sofrer vários revezes em suas hostes e em sua frota no celebrado sítio de Algeciras, onde os mouros deram-lhe uma severa lição.

Os seus desastres militares e políticos, agravados pela discórdia permanente entre os membros de sua família, fizeram dele um dos monarcas mais infelizes do seu tempo, mas, essas desditas não lhe obscureceram a inteligência, nem o desviaram do caminho que se havia traçado em relação ao aperfeiçoamento da legislação dominante e à cultura intelectual do seu povo[5].

Essa legislação era um amontoado de *Forais*, cujo aparecimento, outrora, se justificava pela situação particular em que se debatia a Península, retalhada em pequenas circunscrições territoriais, sempre em luta com os mouros, que não se resignavam, absolutamente, em deixar a presa.

Logo no segundo ano do seu governo, procurou formar uma consolidação das leis em vigor e, para isso, convocou vários juristas da época, bem como outros cidadãos de nomeada, homens de fortuna e os mais considerados membros do clero.

Os encarregados do serviço procuraram escolher e reunir o que havia de melhor na *legislação foraleira* e no *Fuero Juzgo* e, dentro de um ano (de 1254 a 1255), deram por pronto o novo código, que recebeu a denominação de *Espéculo* e estava dividido em cinco livros.

Os sábios da Academia Espanhola, levados talvez pela denominação desse monumento, entendem que não representa ele um código propriamente, mas, sim, um esboço confeccionado para servir de assento aos trabalhos de organização das *Partidas*.

Parece, entretanto, que se trata de um corpo de leis que tinham aplicação, pois no prólogo do *Espéculo*, se dispõe terminante e insofisma-

---

5 Haja vista os seus conhecidos trabalhos, que muito contribuíram para firmar sua reputação de sábio, denominados *Crónica General de España* e *Tablas Astronómicas* –, que as bibliotecas da Espanha guardam como jóias as mais preciosas da coroa castelhana.

velmente que os *infratores das leis nele contidas* serão severamente punidos, o que não se pode compreender, sem dar a essas leis autoridade legislativa, que não teriam se fossem simples subsídios para a organização das *Partidas*.

Logo após a confecção do *Espéculo*, apareceu o *Fuero Real de España*, outro monumento de assinalada importância para o Direito peninsular, embora a sua autoridade legal fosse de alguns anos apenas, para, depois, reaparecer.

À semelhança do que ocorrera com o *Espéculo*, os organizadores do *Fuero Real* foram buscar subsídios nos *Forais* e no *Fuero Juzgo*, introduzindo, porém, algumas inovações que consistiam principalmente na abolição de certos privilégios dos ricos, pelo que os prejudicados trataram de pleitear a sua revogação, que obtiveram com dificuldade, tendo, porém, dentro de pouco tempo, voltado a execução.

Era dividido em quatro livros e estes em títulos, tratando o livro I da administração da justiça, o II do processo, o III do Direito Privado (família, coisas, obrigações) e o IV de matéria penal.

A terceira e última coleção de Afonso X foi a denominada *Ley de las Siete Partidas*, um dos maiores monumentos legislativos da Antiguidade e, sem contestação alguma, o mais notável da Espanha de então.

Desde quase um século antes da ascensão ao trono do filho de São Fernando, a Espanha vinha ansiando por voltar ao regime de unidade de legislação, que havia conquistado sob o governo dos reis visigodos, com a consolidação das coleções que precederam e se fundiram no *Forum Judicum*.

Nos meados do século XII o aparecimento do *Fuero Alvedrío*, mandado organizar pelo rei D. Pedro (1196-1213) foi, por assim dizer, a causa eficiente ou, pelo menos, a sugestão oficial para as tentativas de consolidação para as leis locais aproveitáveis.

As preocupações políticas de D. Afonso VIII e dos homens ilustres que o cercavam, no sentido de restabelecer a igualdade civil, impunham necessariamente a unificação do Direito Privado e, daí, o aparecimento dos vários esboços para servirem de fundamento à codificação geral, levada a bom termo pelo rei de Castela, entre os quais os próprios trabalhos acima indicados – o *Espéculo* e o *Fuero Real*.

No ano de 1256, o rei astrônomo, cercado dos homens mais notáveis do seu tempo, entre os quais ele mesmo era, talvez, o mais ilustre, foi dado início à confecção das *Partidas*, cuja redação, afirma Oliveira Martins [6], "marca uma época decisiva na história e, inspiradas de um lado no romanismo, do outro no Direito Canônico, traduzem fielmente a fisionomia social da Espanha, monárquica e católica ao mesmo tempo.

"A tradição conseguiu afinal vencer, subordinando a si os elementos estranhos originados dos acidentes desse longo movimento de decomposição da antiga sociedade.

"De novo romana, e agora católica, a Espanha, assim como absorveu no corpo de uma população abundante as levas de soldados de várias origens, que a invadiram assim, agora se vê ter absorvido no seio de seu gênio as idéias que esses homens de fora consigo tinham trazido".

O ilustre peninsular, animado, talvez, pela aceitação e vantagens já verificadas com os trabalhos anteriores, concebeu e levou a bom termo o plano de dar aos seus súditos de Castela e Leão, bem como aos da Alemanha, cujo domínio constituía, como vimos, um de seus grandes ideais, uma legislação de caráter geral, una, humana e até mesmo científica, o que obteve com a confecção das *Partidas.*

Embora fosse esta, indubitavelmente, a razão que o impeliu a tão árdua empresa, a piedade filial e outras injunções de momento fizeram com que ele atribuísse a três causas a sua determinação em levar a efeito a construção do monumento.

Assim, diz ele: "E a isto nos moveu assinaladamente três coisas. A primeira, o muito nobre e bem-aventurado Rei D. Fernando, nosso pai, que era exato na justiça e no direito, que o quisera fazer, se mais vivesse, e mandou a nós que o fizéssemos.

"A segunda, para dar ajuda e esforço aos que depois de nós reinassem, para que pudessem melhor sofrer o grande cansaço e trabalho que têm de manter os Reinos os que o quisessem bem-fazer.

---

6 *Hist. da Civiliz. Ibérica* – p. 218.

"A terceira, para dar lugar aos homens de conhecer o direito e a razão e saibam guardar de fazer ao contrário, nem errar, e saibam amar e obedecer aos outros Senhores, que depois de nós vierem". [7]

Ou se trate, efetivamente, de uma homenagem filial, ou de um fato verdadeiro, o que já não resta dúvida é que as *Siete Partidas* avigoraram acentuadamente muitas regras de Direito Romano que lhes serviram de modelo e, em muitos casos, até com evidente postergação de leis espanholas, ainda em vigor.

Orientando-se pelo *Digesto* de Justiniano e pelas *Decretais* de Gregório IX, cuja divisão em *sete partes* adotou, Afonso X realizou a fusão do Direito Romano com o Direito Canônico, aproveitando o vastíssimo e prodigioso repositório da jurisprudência clássica dos romanos e harmonizando-a com a indiscutível autoridade das regras da legislação da Igreja, cuja observância estava no próprio interesse da manutenção do trono.

As *Siete Partidas* exigiram sete anos para sua confecção, tendo seu início[8] em 23 de julho de 1256 e terminando em data incerta do ano de 1263.

Não há notícia segura relativamente ao começo de execução do código de Afonso X, parecendo mesmo que, embora pronto desde esse ano, somente teve força de lei em 1348, quando, nas Cortes de Alcalá, se firmou a 1ª regra, por ele consagrada, da *sucessão hereditária* do trono, ao

7 Veja-se na íntegra, o Prólogo citado, que está no Apêndice XXI, onde se lê o trecho transcrito: "E a esto nos mouio señaladamente três cosas. La primera, el muy nobre e bien-auenturado Rey D. Fernando nuestro padre, que era cumplido de justicia e de derecho, que lo quisiera fazer si mas huiera; e mando a Nos que los fiziessemos. La segunda, por dar ayuda e esfuerzo a los que despues de Nos reynassen, porque pudiessen mejor sufrir la gran lazeria e trabajo que an de mantener los Reynos, los que los bien quiziessen fazer. La tercera, por dar carrera a los omes de conoscer el derecho e la razon, e se supiessen guardar de fazer tuerto, ni yerro, e supiessen amar, e obedescer a los otros Señores, que depues de Nos viniessen".

8 Diz textualmente assim o prólogo: "E este libro fue comenzado a fazer e a componer, vispera de San Juan Baptista, a quatro años e XXIII dias andados del comienzo de nuestro Reynado..." (1252).

invés da *eleição do monarca*, como fora estabelecido desde a fundação da monarquia asturiana[9].

No Prólogo, que começa pela palavra *Dios* e termina por *Justicia* e *Verdad*, exatamente os dois atributos mais evidentes da divindade, o grande rei, além de revelar profundos conhecimentos de cronologia e da história do número 7 nas inumeráveis coincidências que vai acentuando para justificar a divisão de sua obra em *sete partes*, dá uma rápida resenha das matérias de que trata cada uma das *Partidas*.

O monumento não é propriamente um código de leis, é alguma cousa mais do que isto, é um copioso tratado de Direito Público e Privado, compreendendo e desenvolvendo princípios gerais, verdadeiramente científicos, e fixando regras positivas de leis reguladoras de todos os institutos jurídicos, de então, quer os de caráter constitucional, administrativo, penal, fiscal e religioso, quer os que se enquadram no direito das pessoas, das coisas, das obrigações, das sucessões e das ações.

É assim que a *Primeira Partida* se ocupa das *leis*, do *direito natural* e das *gentes*, dos *usos* e *costumes*, das *matérias eclesiásticas*, dos *cemitérios* e das *contribuições* às Igrejas[10].

Está dividida em 24 Títulos, com 516 leis, sendo que o Título que tem maior número é o IV, com 73, e que tem menor é o III, com 3.

A *Segunda Partida* trata dos *Imperadores e Reis*, quais os *seus deveres* para com a sua *família* e seu *povo* e vice-versa, das várias *classes de*

---

9 *Segunda Partida*: – Título I – Ley IX – sob a epígrafe – "Porque maneras se gana el Señorio del Reyno" – Aqui se estabelece quatro maneiras de subir ao trono: 1ª – por *sucessão hereditária* do filho mais velho ou dos parentes mais próximos do rei pré-morto; 2ª – por eleição quando não deixou o rei falecido parente próximo para suceder; 3ª – por *casamento* com mulher que é herdeira do rei; 4ª – finalmente, por designação do Papa ou do *Imperador*, quando a algum destes compete fazer a nomeação para certos lugares.

10 O texto da epígrafe está assim redigido: "La primera Partida trata del Estado Eclesiastico, e Christiana Religion que el faze al ome conoscer a Dios por creencia" – é assim que está no índice. No começo, porém, são estas as palavras: "Aqui comienza la Primera Partida, que fabla de todas las cosas que pertenescen à la Fé Católica, que face al ome conoscer à Dios por creencia".

cidadãos, da *organização militar* e da *guerra*, terminando com um título (XXXI, com XI leis) dedicado *a los Estudios en que se aprenden los saberes e de los Maestros, e de los Escolares*[11].

Esta Partida tem 31 Títulos e 359 leis, tendo os Títulos VI e XVII apenas duas leis, cada um, e o XXVI, que é o de maior número, tem 34 leis; começa por um *Prólogo*, em que, fazendo a distinção entre o *espiritual* e o *temporal*, chama o poder respectivo de *espadas*, punindo a *espiritual* os males escondidos e a *temporal* os manifestos.

A *Terceira Partida* contém disposições relativas à *Justiça*, posição do *autor*, e do *réu*, *organização judiciária*, funções dos *advogados*, dos *juízes* e *auxiliares do juízo*, ordem do *processo*, *provas alçadas*, rematando com as

11 Esta Partida tem, no seu início, as seguintes palavras – "Siguese La Segunda Partida deste libro, que fabla de los Emperadores, e de los Reys, e de los otros grandes Señores de la Tierra, que la han de mantener en justicia, e verdad". – Entre as leis do Título XXXI, encontra-se a VIII, sob a epígrafe: "Que honras señaladas deuen auer los Maestros de las Leys", cujo texto é o seguinte:
La sciencia de las Leyes es como fuente de justicia, e aprouechasse della el mundo, mas que de outra sciencia. E porende los Emperadores que fizieron las Leyes, otorgaron priuellejo a los maestros de las Escuelas, em quatro maneras. La vna, ca luego que son Maestros, e de Caualleros, e llamaron los Señores de Leyes. La segunda es, que cada vegada que el Maestro de Derecho venga delante de algun Juez, que este judgando, deuese leuantar a el, e saludarle, e recebirle, que sea consigo; e si Judgador contra este fiziere, pone la ley por pena, que le peche três libras de oro. La tercera: que los Porteros de los Emperadores e de los Reyes, e de los Príncipes, non los deuen tener puerta, nin embargarle que non entren ante ellos, quando menester les fuere. Fueras ende a las sazones que entuuiessen en grandes poridades; e aun estone e deuengelo dezir, como estan tales Maestros a la puerta, e preguntar, si les mandan entrrar, o non. La quarta es, que sean sotiles, e entendidos, e que sepan mostrar este saber e sean bien razonados, e de buenas maneras; e despues que ayan veynte años tenidos Escuelas de las Leyes, e los Emperadores, tanto los quisieron honrrar guisados es, que los Reys los deuen mantener en aquella misma honrra. E porende tenemos por bien, que los Maestros sobredichos ayan en todo nuestro Señorio, las honrras que de suso diximos, assi como la ley antigua lo manda. Otrosi dezimos, que los Maestros sobredichos, e los otros, que muestran los saberes em los Estudios, en las tierras del nuestro Señorio, que deuen ser quitos de pecho; e non son tenidos de yr en hueste, nin en caualgada, nin de tomar otro oficio, sin tu plazer.

regras sobre *prescrição*, aquisição da *posse* e da simples *detenção*, *servidões* e *obras novas*[12].

Tem a *Terceira Partida* 32 Títulos e 563 leis, sendo que o Título de maior extensão é o XVIII, com 121 leis, e as de menor são o IX e o XII, com duas leis cada um. Começa também por um *Prólogo*, embora não traga expressa esta denominação, no qual faz a apologia da Justiça e da alta missão que compete aos que são encarregados de sua distribuição.

A *Quarta Partida* trata do *casamento*, do *parentesco*, dos *dotes*, *doações* e *arrhas*, da *filiação* legítima e ilegítima, da *perfiliação*, do *pátrio poder*, dos *escravos*, do *estado das pessoas*, dos *vassalos* e, finalmente, dedicando o Título XXVII a "Del debdo que han los omes entre si, por razon de Amistad" [13].

Compõe-se esta *Partida* de 27 Títulos e 256 leis, tendo o Título mais extenso, o XI, que ocupa dos *dotes*, *doações* e *arrhas*, 32 leis e o menor, o XIII, que trata dos *filhos legítimos*, apenas duas leis.

Tem também esta *Partida* um *Prólogo* em que descreve o objeto das leis, fazendo os mais elevados elogios ao casamento, como sacramento e regulamentação do amor entre o homem e a mulher, declarando que colocou propositadamente a matéria de casamento na *Quarta Partida* para que ficasse exatamente *en medio de las otras seys Partidas* [14].

---

12 As palavras iniciais desta Partida são as seguintes: "Tercera Partida, que fabla de Justicia, e como se ha de fazer ordenadamente en cada Logar, por palabra juysio, e por obra de fecho, para desembargar los Pleytos."

13 Este título tem 7 leis, cujas epígrafes são as seguintes: I – Que cosa es Amistad; II – A que tiene pro la Amistad; III – Como se deve ome aprovechar del consejo del amigo; e qual ome deve ser escogido para esto; IV – Quantas maneras son de Amistad; V – Como deve ser guardada la Amistad entre los amigos; VI – Como deve el ome amar a su amigo; e VII – Por quales razones se desata la Amistad.

14 É a seguinte a definição que a lei I, do Título II, dá de casamento – "*Matrimonio* es ayuntamento de marido e de muger, fecho com tal entencion de beuir siempre en uno e no non se departir; guardando lealtad cada uno dellos al outro, e non se ayuntando el varon a outra muger, nin ella a outro varon, biuiendo ambos a dos." – As matérias dos Títulos XXV, com 13 leis, e XXVI, com 11, estão subordinadas às epígrafes "De los Vassalos" e "De los Feudos", e indicam que havia na Espanha um *sistema feudal*, que se manifestava por cinco maneiras, conforme declara a Lei II, Título XXV, desta Quarta Partida, embora, na sua enumeração apenas se encontrem duas formas de senhorio e *vassalagem* perfeitamente caracterizados (a 2ª e 5ª).

A *Quinta Partida* versa sobre os contratos de *empréstimo, compra e venda, troca, doações, locação, depósito, fiança, penhor*, bem como sobre *pagamento, compensação, quitação, erro, violência, fraude* e demais vícios dos contratos.

Como se vê, é o Direito das Obrigações; contém 15 títulos e 374 leis, dos quais o mais abundante é o V, com 67 leis, e o de menor número é o VI, com cinco leis.

Como as demais, tem esta *Partida* um *Prólogo*, em que explana sinteticamente o que vai ser objeto das disposições que se lhe seguem, justificando rapidamente essas disposições [15].

A *Sexta Partida* trata da *sucessão testamentária* e *ab intestato*, *posse* dos bens hereditários, *guarda e administração* dos bens dos órfãos, *tutela*, *curatela*, *maioridade* e *restituições por inteiro*. Está dividida em 19 Títulos, com um total de 272 leis, sendo que o Título de maior extensão é o IX, que trata dos *legados* (*mandas*), com 48 leis e o de menor, o XII, que se ocupa dos *codicillos* (*escritos que fazen los omes a sus finamientos*), com três leis apenas [16].

Dedica algumas palavras assinalando a importância da matéria das heranças, testamentos e guarda dos bens dos órfãos e entra logo a dispor sobre testamentos[17], suas espécies, pessoas que podem fazê-los[18] e modos de sua revogação tácita.

A *Sétima Partida* é, por assim dizer, o Código Criminal. Contém preliminarmente disposições sobre as acusações criminais e a manei-

15 Os dizeres iniciais desta Partida são estes: "Aqui comienza La Quinta Partida deste libro – que fabla de los Emprestidos, e de las Vendidas, e de las Compras, e de los Cambios, e de todos los otros pleytos e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura quier que sean."

16 "Aqui comienza La Sexta Partida deste libro que fabla de los Testamentos e de las Herancias" – tais são as palavras com que começa esta partida.

17 Diz assim o Título I – "Testamento es uma de las cosas del mundo en que mas deuen los omes auer cordura quando los fazen: e es por dos razones. La uma, porque en ellos muestran, qual es la su postrimera voluntad. E la otra, porque despues que los han fecho si se murieren, non pueden tornar outra vez a endereçarlos, nin a fazerlos de cabo."

18 Permite ao cego fazer testamento, porém, somente por instrumento público, na presença de sete testemunhas e uma série de solenidades semelhantes às do art. 1.651 do Projeto do Código Civil adotado pela comissão especial da Câmara dos Deputados.

ra de agir do Julgador; é a parte processual, o direito adjetivo, precedendo o direito substantivo. Vêm, em seguida, os delitos, a começar pela *traição*, às penas, o perdão, terminando, à semelhança das *Pandectas*, com dois Títulos dedicados ao *significamiento de las palabras* e as *Reglas del Derecho* [19].

A *Sétima Partida* tem 34 títulos e 363 leis. O Título de maior número de leis é o XXXIV, que contém 37 leis, e os de menor são o XIX e o XXII, que têm apenas duas leis cada um.

As *Siete Partidas* têm tido várias edições oficiais e particulares, com o simples texto, umas, e glosadas, outras.

Entre as edições mais estimadas, cujo texto é considerado genuíno e o mais conforme ao original corrigido nas Cortes de Acalá, destaca-se a glosada pelo licenciado Gregorio López, *del consejo Real de Indias de S.M.*, reimpressa em 1843 pela *Compañia General de Impressores y Libreros del Reino.*

Está dividida em quatro volumes, abrangendo um total de 2.861 páginas das quais 2.153 de texto, 165 de índice geral em espanhol, acompanhado da tradução latina, com indicação das glosas, em 543 páginas.

O 4º volume é destinado exclusivamente aos índices.

A impressão é feita em duas colunas em cada página, tendo, na parte superior, o texto das leis, em espanhol, e, na inferior, a glosa, em latim. Os volumes têm 31 centímetros de altura e 21 de largura [20].

---

19 A designação das matérias de que trata esta Partida é feita exatamente assim: " Aqui comienza La Setena Partida deste nuestro libro que fabla de todas las Acusaciones e Maleficios que los omes fazen; e que pena merescen auer porende." A primeira regra, decerto para estranhar naqueles tempos, está concebida nos termos seguintes: "E dezimos que regla es de derecho que todos os Judgadores deuen ayudar a la libertad, porque es amiga de la natura, que la aman non tan solamente los omes, mas aun todos los otros animales."

20 Os editores declaram textualmente ao começar do 4º volume que – "Se comprehende en este Tomo IV un Indice de las Leyes de Partida, otro de la materia de sus Glosas, y una concordancia de las Rubricas del Derecho Civil, y de las Decretales com las mismas Leyes. Al trabajo de su Autor el Licenciado Gregorio López de Tovar añadió el Doctor D. Joseph Berní varias proposiciones en el Indice Castelhano de las Leyes que dió à luz con la impression de Valencia de 1757, y repetió en la de 1768. El mismo se copia en la presente edición, com las rectificaciones y correciones ques que hizo em la suya D. Léon Amarita en 1831."

Esta edição das *Siete Partidas* representa um trabalho digno de calorosos elogios, não só porque contribui para a perpetuação do grande monumento da legislação espanhola, como também por conservar as glosas do ilustre Gregorio López, o eminente jurista de Tovar, com as quais revelou um conhecimento profundo, não só do Direito Civil da Espanha, contemporâneo do seu trabalho, como também do Direito Romano, dos monumentos da Escola dos Glosadores e do Direito Canônico, principalmente das *Decretais* de Gregório IX.

Dizer da influência que as *Siete Partidas* exerceram na formação do Direito português e espanhol, é indicar os subsídios que elas prestaram à reconstrução de todas as instituições jurídicas da Península Ibérica e, como reflexo, das da América Latina.

Separado Portugal do reino de Leão em 1139, não havia outro remédio senão continuar o novo Estado a reger-se de conformidade com a legislação Visigótica, com o Direito Romano e com os *fueros* a que já prestavam obediência os portugueses durante o tempo da sua subordinação ao domínio daquele reino, embora houvesse por parte do Clero uma acentuada repugnância pelo Direito consagrado no *Corpus Juris.*

Em meio à verdadeira confusão de leis dominantes, tais como as que se continham no *Espéculo*, no *Fuero Real de España*, no *Fuero de León* e em tantos outros atos legislativos, Portugal procurava reagir contra a adoção de leis estranhas, preferindo regular suas relações privadas pelos costumes que vinha observando, muitos dos quais tinham uma origem genuinamente portuguesa.

O aparecimento das *Siete Partidas*, copioso repositório de leis de toda espécie, principalmente das codificadas nas coleções de Justiniano, de forma a merecerem a denominação característica de *Leis Romanas traduzidas em espanhol*, chamou a atenção da gente lusitana que, desde logo, compreendeu o valor indiscutível da codificação de Afonso X.

Segundo afirma um dos mais notáveis juristas do nosso país, o preclaríssimo Senador do Império Dr. Cândido Mendes de Almeida[21], "a repugnância que sentiam o Clero e a Nobreza pela Legislação deste Códi-

21 *Código Filipino* – "Ao Leitor" – III, p. XVII.

go era o maior incentivo para bem acolhê-la o Poder Real e os Ministros que o cercavam, entusiastas do novo Direito, que se ensinava com grande renome nas universidades de Bolonha e de Paris.

"O novo Direito alargava o poder e prerrogativas da autoridade Real: lá se achava inscrita a célebre máxima de Ulpiano – *quod Principi placuit, Legis habet vigorem*, que essas Legislações cuidadosamente admitiram.

"A primeira Dinastia que reinou em Portugal era de origem francesa e os Ministros que mais influíram nos seus conselhos eram Juristas daquela nacionalidade, que foram à Península procurar fortuna.

"Alunos da Universidade de Paris ou de Bolonha, quase todos aspiravam a demolir a antiga legislação, impondo aos povos modernos a que fora codificada por Triboniano.

"Travou-se a luta contra o antigo Direito e contra todas as instituições que dele dimanavam.

"Na proscrição eram envolvidos o Direito Feudal, o Canônico, o Consuetudinário consignado nos *Forais* e a lei muito celebrada sob o nome de *Avoenga*, relativa ao direito de prelação e de rescisão da venda dos bens da família, direito sob outra forma ainda conservado na Inglaterra.

"Luta secular, mas mantida pelo Poder Real e seus Juristas com a maior tenacidade, o que lhes assegurou o definitivo triunfo."

Esta era a situação do Direito em Portugal quando os frutos da cultura intensíssima do Direito Romano e Canônico começaram a mostrar a necessidade de remodelar por completo a legislação peninsular.

Na Escola de Bolonha era considerável o número de peninsulares que se dedicavam ao estudo jurídico e de tal forma se manifestava a cultura que eles lá apreendiam que o Cardeal Gil de Albornoz julgou necessário criar e manter na cidade italiana um estabelecimento destinado a recolher os espanhóis que iam ali estudar Direito.

Palencia, a capital de Leão, era um centro intelectual de grande fama e D. Fernando, o *santo*, que aí havia fundado uma Universidade, resolveu, para maior eficiência do ensino, transferi-la para Salamanca, cuja nomeada foi extraordinária e conservou-a durante muitos séculos, sempre indicada como uma das melhores da Europa.

Vulgarizados os benefícios resultantes desse notável instituto de ensino, não tardou que outras cidades, como Alcalá, Lérida, Valladolid,

Valencia e outros centros de vasta população, obtivessem a mesma graça de que gozava Salamanca, nascendo daí uma justa emulação, que tendia principalmente a imitar os veteranos de Bolonha, e, não obstante tratar-se de Universidades, os estudos jurídicos como que absorviam a atenção de todos.

Verdadeira renascença dos estudos jurídicos, a época caracterizou-se pela formação de um grupo valioso de profundos conhecedores do Direito Romano e Canônico, como os célebres Raymundo de Penafort, Poncio de Lérida, João de Deus, Bernardo Compostelano, Vidal de Canyellas, o célebre Dr. Jacob das Leis, D. Gomes, Cônego de Zamora e tantos outros juristas que se haviam constituído verdadeiros propugnadores da reconstrução legislativa da Ibéria.

Particularmente em Portugal o *mestre* Jacob *ex legibus* havia imprimido uma direção inteiramente nova dos estudos jurídicos com a publicação, em língua portuguesa, de um compêndio de Direito, modelado à semelhança do que Teófilo e Doroteu fizeram para a mocidade das Escolas reorganizadas por Justiniano, com o nome de *Institutiones.*

Com o advento do reinado de D. Diniz, descendente do grande D. Afonso X, *o sábio*, a cultura jurídica começou a ter uma direção prática e útil com a criação da Universidade de Lisboa (1290), depois transferida para Coimbra (1307) e com a tradução das *Siete Partidas* em língua portuguesa, o que deu a estas um caráter de *leis subsidiárias* que, até então, não tinham francamente.

Daí por diante, os três fatores preponderantes das reformas do Direito em Portugal, a esse tempo, isto é, as lições dos professores da Universidade, a jurisprudência dos encarregados da distribuição da justiça, sob a fiscalização da realeza, e as *Leis Gerais*, fórmulas novas de regras com aplicação a todo o país, foram preparando, ao lado das *Siete Partidas*, da codificação de Justiniano, dos monumentos de Bolonha e de tantos outros elementos de formação, o auspicioso advento da *sístole jurídica* que se manifestou na organização das *Ordenações Afonsinas*, o célebre código publicado no ano de 1446.

Um estudo detido de comparação entre a legislação portuguesa do XIV século até meados do século XVII, mostra a influência das *Partidas* no Direito português, embora muitos atos legislativos, como a *Concórdia*

de Elvas, de 1360, e a *Provisão* de 13 de Abril de 1361[22], procurassem reagir contra a autoridade do monumento do rei astrônomo, sem contudo consegui-lo.

Para traçar o elogio do célebre código que faz objeto deste estudo, basta dizer, com Pou y Ordinas[23], é o "florón el más brilhante de la corona de Afonso el Sabio, es cual es la exposicion más clásica, elegante y cientifica que se ha escrito del Derecho Justiniano".

---

22 Cit. *Código Filipino* – loc. cit. – p. XVIII.
23 Cit. – *Hist. Ext.* – p. 461.

Título V

DESCOBERTA DE AMALFI. ESCOLAS DE PÁVIA, RAVENA E BOLONHA. OS GLOSADORES.

SUMÁRIO – QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO. FRACIONAMENTO E REUNIÃO DO SEU TERRITÓRIO. LOTÁRIO II E O PAPADO. ALIANÇA DE PISA E A DESCOBERTA, EM AMALFI, DO MANUSCRITO CHAMADO *FLORENTINAS*. A IDADE MÉDIA E OS ESTUDOS DE DIREITO LONGOBARDO NA *ESCOLA DE RAVENA*. INTENSIFICAÇÃO DOS ESTUDOS DESDE O SEGUNDO QUARTEL DO SÉCULO XII. AS UNIVERSIDADES DA EUROPA. A *ESCOLA DE BOLONHA* COMO CENTRO DE IRRADIAÇÃO DO DIREITO ROMANO. *IRNERIUS*, OS *QUATUOR DOUTORES* E *ACCURSIUS*: GLOSA ACCURSIANA. OS *PÓS-GLOSADORES* – *BARTOLUS*, *ALCIATUS*, *CUJACIUS* E *DONELLUS*.

DESCOBERTA DE AMALFI – Para concluir o estudo sobre a *expansão do Direito Romano* e as *causas do seu desenvolvimento*, resta-nos examinar o elemento científico ministrado pelos notabilíssimos cultores da nossa ciência, que realizaram a *renascença dos estudos jurídicos* e prepararam os materiais necessários para a decisiva e salutar *influência do Direito Romano na formação das legislações européias e ibero-americanas.*

Com a morte do imperador Justiniano, o império bizantino estava colocado em uma vasta região que vinha do Atlas, pelo norte da África, praias do Atlântico, Península Ibérica (não obstante a subida ao trono, dez anos antes, do rei visigodo Atanagildo) até ao Eufrates, ocupando, assim, a Europa mediterrânea, a África, com Cartago e o Egito, e a Ásia, com a Anatólia e a Síria.

Todo este território era habitado por uma verdadeira mescla de raças diversas, como a *latina*, a *bárbara*, a *grega*, a *semítica* e a *egípcia*, com todos os seus defeitos e aspirações de predominância, o que indicava que, na falta de um braço forte que as contivesse e impedisse as reivindicações, o Império, reconstruído pelo famoso legislador, teria de fracionar-se novamente, dando lugar ao aparecimento de pequenas pátrias em contínuas e incessantes lutas.

Desde a morte de Justiniano (14 de novembro de 565) até a tomada de Constantinopla pelos turcos (26 de maio de 1453), governaram o Império do Oriente representantes de raças diversas. Logo após a Justiniano, veio Justino I, que teve de assistir, cinco anos depois de sua ascensão ao trono, a criação do reino dos lombardos na Itália, restando-lhe apenas e aos seus sucessores o *Exarcado de Ravena*.

Em 717, Leão III inaugurou no trono a *raça isauriana* e o seu sucessor, Constantino V, viu o fim do *Exarcado de Ravena*. A *raça isauriana* dominou até o advento da *casa macedoniana*, cabendo a Basílio I[1], em 867, dar início ao seu poder. O predomínio desta casa vai até o ano de 1056, quando, com Isaque I, começaram os *comnenos*, substituídos pela família *Angeli*, de efêmera duração no poder, pois, em vinte anos viram o império oriental dividido em *Império Latino*, com sede em Constantinopla, e *Império Grego*, com sede em Nicéia. Esta divisão manteve-se durante cinqüenta e seis anos, com seis imperadores em Constantinopla e cinco em Nicéia, o último dos quais, Miguel VIII, dominou a velha Bizâncio e reuniu, em um só, o império oriental, que ainda conseguiu viver, com aparência de greco-romano, mais 192 anos, caindo porém, definitivamente, em 26 de maio de 1453, com a tomada de Constantinopla e morte de Constantino XII.

Enquanto estes acontecimentos se verificavam na parte oriental do velho império dos Césares, outros, não menos importantes, iam ocorrendo na parte ocidental, onde, dia a dia e cada vez mais, se acentuava o velho antagonismo entre germanos e romanos, que somente se modificou depois que estes povos, penetrados dos mesmos ideiais cristãos, alcançaram certa cultura intelectual e moral fundada nos princípios do Evangelho.

Os ostrogodos na Itália, os visigodos na Ibéria, os borguinhões na Gália oriental, tiveram, por sua vez, de sucumbir, uns, para dar entrada

---

1 Veja-se neste vol. L. II, T. II – *Basílicas*.

a diversos povos; de lutar e vencer, outros, para prolongar uma existência compatível com a civilização triunfante.

Os longobardos souberam adaptar-se à civilização *romano-cristã* e fundi-la na concepção do Estado *democrático-militar*, de forma a conservarem-se em uma situação intermediária entre os elementos contrários, ganhando com isso certa influência. Se, por um lado, os interesses germânicos se coordenavam aos interesses românicos, formando o *império romano-germânico*, que Carlos Magno conseguiu fundir com povos e territórios, por outro lado, a falta de unidade política no colosso era o germe da sua dissolução futura. Não tardou a desagregação e, morto Carlos Magno, a luta se travou dentro da própria família, para passar depois aos povos, até que o Papado entendeu chegado o momento de governar, não só espiritualmente, como também politicamente. Daqui a dependência a que se viram submetidos os vários estados do vasto império *germano-romano*, sobre os quais os sucessores de São Pedro exerciam a dupla função de *guia espiritual* e *protetor político*. Mas, por mais benéfica que tivesse sido a influência espiritual, nem sempre foi feliz na proteção política, principalmente na *luta das investiduras*. Esta luta deu de si resultados imprevistos, desde que a casa dos Otons, chefes do império *Saxão*, teve de enfrentar o império *Sálico*, o que levou a Europa àquela revolução hierárquica e aristocrática que encaminhou o império neo-romano ao grande apogeu do tempo de Henrique III.

Restaurado o poder imperial com a monarquia nacional alemã, destruído o partido teocrático, estabeleceu-se a luta entre o Papado, com as cidades longobardas a seu lado, e Frederico I, que conseguiu transformar o império e entregá-lo a Henrique VI, mas, sem poder evitar o predomínio universal da Igreja, por Inocêncio III e seus sucessores até a ruína dos Hohenstaufen e do império *germano-romano*.

Deixando de parte tantos acontecimentos que se sucederam às memoráveis lutas entre Conrado de Staufen e Lotário II, as efêmeras vantagens por aquele obtidas com a sua coroação como rei da Itália, efetuada em Monza, repetida em Milão e aplaudida na Lombardia e na Toscana, vejamos o partido que Lotário soube tirar da luta que se estabeleceu entre os dois papas, simultaneamente eleitos, Anacleto II e Inocêncio II. Disposto a reconhecer o último, temia, contudo, desagradar a maioria do colégio dos cardeais que havia procedido, com todas as solenidades

legais, a eleição papal, escolhendo o cardeal Pedro Pierleone, que adotou o nome de Anacleto, e a nobreza romana, toda a Lombardia, a Apúlia, a Sicília, etc., que se opunham às pretensões de Inocêncio II, que não dispunha senão das simpatias aristocráticas familiares dos *Corsi* e dos *Frangipani.* Não obstante isto, pôs Lotário em jogo uma certa habilidade, deixando que os Bispos alemães se reunissem em Wurzburgo, em 1130, e proclamassem a legitimidade da investidura de Inocêncio II, decidindo, assim do triunfo que se verificou definitivamente, depois da conferência em Liège entre ambos, para a qual Inocêncio II, o antigo cardeal diácono de São Gregório, foi recebido com todas as honras e distinções concedidas aos papas.

Comprometido por esta forma o seu auxilio à causa do mais fraco dos dois candidatos à cadeira de São Pedro, teve Lotário de verificar que os seus planos de tornar-se chefe único corriam perigo e para evitar seu regresso ao norte, o que significaria uma derrota, fez-se coroar imperador na Catedral de São João de Latrão, prestando juramento de respeito e de defesa à liberdade e à vida do Papa.

Não obstante isto, nem Anacleto, nem os seus adeptos, sempre vigiados pelo adversário São Bernardo, se conformaram com a situação e opuseram toda a resistência, de maneira que Inocêncio invocou o auxílio de Lotário, que se havia retirado para a Germânia, e este voltou a Itália, conseguindo, então, em uma excursão triunfal, pelas fronteiras normandas, Toscana, Apúlia e, depois da ajuda da esquadra de Pisa, se assenhorear de Amalfi, Nápoles e Salerno.

Sentindo-se gravemente enfermo, recolheu-se a sua pátria e faleceu em uma cabana de lavradores, nos fins do ano de 1137[2].

2 "Uma lâmina de chumbo que com ele foi enterrada e que em grande parte se tem conservado, contém alguns breves dados acerca do seu reinado e da sua morte, louvando-o como – "*fiel em Cristo, sincero, constante amante da paz e intrépido guerreiro*". – . Quando em 1820 se abriu o seu sepulcro, encontrou-se à direita do esqueleto uma espada, e à esquerda um globo de chumbo dourado com uma cruz de ferro, um prato de prata, uma cálice de prata, para hóstias, e restos das esporas e da túnica carmesim do imperador. Estas relíquias conservam-se, em parte, no museu de Brunswick." – Onken – Cit. *Hist. Universal* – vol. X, pág. 358.

Eis aí o estado do império oriental e ocidental, quase telegraficamente descrito, depois que os seus vastíssimos territórios foram, em alternativas de união e de divisão, passando de uns a outros dominadores, aos quais, salvo raras exceções, era indiferente a sorte do Direito, estabelecendo-se, assim, um contraste entre o glorioso povo romano e todos os povos que o substituíram na dominação do sul e centro da Europa.

Um fato, porém, veio como que sacudir os juristas e despertar aquelas velhas e características energias do espírito romano, que viviam latentes no pensamento da raça fecunda e predestinada a dominar o mundo pela sabedoria de suas leis, como já o havia dominado com a força de seus braços.

Todos os historiadores do Direito Romano, obedecendo a uma antiga tradição, dizem que Lotário II, ao assenhorear-se da cidade de Amalfi, na Itália meridional, perto de Salerno, encontrara um manuscrito, em pergaminho, que, verificado ser um precioso achado, foi oferecido pelo imperador aos pisanos, em recompensa dos serviços que lhe haviam prestado, auxiliando-o na conquista e saque da cidade (1135). Este pergaminho foi, efetivamente, encontrado pelos glosadores na cidade de Pisa; mas, tendo esta cidade sido dominada pelos florentinos, em 1406, foi levado para Florença e aí ainda hoje se encontra guardado, com todos os cuidados, na Biblioteca Laurenciana[3].

---

3 Berriat Saint-Prix – *Histoire de Droit Romain* – págs. 234-35 – diz que deixa "aos curiosos, antiquários ou viajantes – cuidado de notar que as Florentinas foram conservadas não na biblioteca, mas, sim, no tesouro, entre as mais ricas jóias do Duque de Toscana e encerradas em uma preciosa caixa; que a compõem de 2 volumes, magnificamente encadernados, dourados nos cortes e formados de vários cadernos que se distinguem por cifras romanas; que o volume 1.º contém os 29 primeiros livros de *Digesto* e o 2.º os 21 seguintes; que o 1.º vol. traz – em sua frente a figura de Moisés, tendo as tábuas do – Décalogo e o 2.º a de Justiniano recebendo de Triboniano o corpo de leis; que a forma é quase quadrada; que as páginas têm duas colunas, cada coluna 45 linhas e cada linha perto de – letras de uma forma quase quadrada de espécie das maiúsculas que antigamente se ensinava com cerimônias próprias de um objeto a que se tributasse culto religioso, por exemplo, a presença do primeiro magistrado da cidade e de muitos –jes que levavam velas acessas, estando todos em pé, com – monges a cabeça descoberta; e que nos tempos modernos se necessita – ver o manuscrito, uma permissão do Príncipe, que não a concede a todos os viajantes".

Não obstante a verossimilhança do fato, costumam também os historiadores impugnar a veracidade da descoberta e do presente régio, quando tratam de estudar a questão do renascimento do Direito Romano no começo do século XII.

O manuscrito é conhecido por diversos nomes – *Pandecia Pisana* -, *Florentina* -, *Littera Florentina* – *Littera Pisana* – e a tradição afirma que o precioso monumento é o próprio exemplar do *Digesto* ou *Pandectas* de Justiniano, que foi transportado de Constantinopla para Amalfi.

Não havendo no seu texto, ou em qualquer de suas partes, indício algum para confirmar a autenticidade que lhe é atribuída, difícil será admitir como verdade afirmação tão categórica. Entretanto, os críticos mais competentes estão de acordo em que, atendendo à ortografia, à natureza da escrita, à forma e disposição do trabalho e outras circunstâncias, deveria ter sido confeccionado contemporaneamente a Justiniano, o mais tardar até meados do século VII. Foi escrito sobre pergaminho por punho de doze copistas gregos, provavelmente em Constantinopla, ou na baixa Itália, tendo sido severamente revisto e confrontado com outro manuscrito e introduzidas várias correções. Além do texto, em dois volumes, tem um índice de jurisconsultos e de suas obras.

Muitos historiadores costumam ligar o fato da descoberta de Amalfi ao do renascimento da cultura do Direito e chegam mesmo a afirmar que o Direito Romano caiu em abandono e em completo esquecimento na Idade Média; mas, que aquela descoberta provocou a promulgação de uma lei de Lotário, mandando substituir, na prática, o Direito Romano ao Direito Germânico e criando cadeiras do ensino público do Direito Romano.

Savigny[4] estuda esta questão largamente, – que vários autores não estão de acordo no conjunto desse sistema, pois, adotam certas partes, deixando outras em silêncio, ou mesmo combatendo-as.

O insigne mestre encara os três fatos – *o abandono completo do Direito Romano, a lei de Lotário ordenando sua aplicação e a descoberta de Amalfi* – com judiciosas observações. Mostra que inumeráveis testemunhos de todas as épocas depõem em contrário à alegada abolição do Direi-

4 *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* – Cap. XVIII, § 35 a 38.

to Romano e que em apoio da existência da Lei de Lotário nenhuma prova foi jamais citada.

Quanto à descoberta de Amalfi e ao presente feito aos pisanos, entende o fecundo romanista que são fatos que já não oferecem grande interesse, mas, para nada omitir, examinou as provas históricas de cada um destes fatos.

Relativamente à descoberta do manuscrito, estuda o sábio alemão dois testemunhos antigos: um, encontrado em uma crônica italiana, talvez do 14.º século, - outro, constante de um poema histórico do mesmo tempo da crônica.

O primeiro testemunho é invocado por Diplovataccius[5] e adotado por Taurellus[6]. Bologninus transladou para a obra que deixou manuscrita uma cópia autêntica desta passagem e Brenkmann, encontrando em Bolonha o manuscrito de Bolognius, publicou o aludido trecho da crônica[7]. Luccaberti (Grandi) também publicou com retificações[8], sendo que o

---

5 Diplovataccius de proestantia doctorum in vita Justiniani (fol. 109 do manuscrito) – "*In Chronicis vero Pisanis sic repertum comperio, quod anno dni 1136 et 23 junii juit factum concilium in civitate Romana, et tunc temporis Pisani 40 galeas armaverunt et iverunt ad Costas Melphicanas et ceperunt civitatem Melphi, et assalagiaverunt, et invenerunt librum Pandectarum juris civilis quae misit Justinianus Imperator in Italiam, et posuerunt Pisis*" – Savigny – *Cit. Geschichte des rom. P. im Mittelalter* – Cap. XVIII, § 36, let. a).

6 *Pandectoe* – ed. de Florença, 1553 – "Atque hoec ex antiquis Pisanorum annalibus apud Plotium Gryphium eorum civem accepimus, quibus et Raphael Volaterranus per omnia fere adstipulatur."

7 *Historia Pandectarum* – pág. 409; - *Römische Geschichte* – B. 2, s. 551-52.

8 É este o texto de toda a passagem: "*Copia annalium Pisanarum, quos etiam fideliter habere curavi in publica et authentica forma hoec est: in nomine dei amen. Noverint universi et singuli proesentem paginam inspecturi, visari, lecturi et audituri quemadmodum apparent in libro cronicarum Pisanae civitatis existente in domo magnifice vir Philippi, comitis filii quondam nobilis e insignis deaurati militis et comitis dni joannis de griffis Pisani. Cronicae infrascriptoe tenor quale furno molti Cardinali, Arzenescoui, Vescoui Abbati e Safino al octano idus junii. E per comandamento de esso sommó armorno 46 – : furono alla Costa de Malfi et quello di per forza lo pre--- cum septe e doe naue: in laquale città trouorno le pandecte composte dalla, Cesarea Maiestá de Justiniano Imperatore: dopoi brusonno quella, e l'altro di andorno a trani: et quello preseno per forza. Ego Rapael olim joannis pacis de cassina civis et notarius publicus pisanus, etc.*"

texto por ele transcrito, além de merecer fé, por ser de forma pública e autêntica, está confirmado por um notário público, sob o selo de sua autoridade.

O segundo testemunho é fornecido em um poema histórico de *Raynerius de Graucis de praliis Tuscia:*

"Milfia Parthenopes datur et quando omne per aquor,
Unde juit liber Pisanis gestus ab illis
Juris, et est Pisis Pandecta Caesaris alti."

Comentando a autoridade dos dois testemunhos indicados, Savigny acentua que ambos são em dois séculos posteriores ao acontecimento que eles pretendem constar e invoca sábia crítica de Grandi para diminuir o valor desses testemunhos.

Odofredus, também citado por Savigny, que viveu no 13.º século e, portanto, anteriormente a esses testemunhos, afirma que o manuscrito foi conduzido, ainda no reinado de Justiniano, de Constantinopla para Pisa[9], onde sempre se achou, segundo Bártolo[10]. Estes dois jurisconsultos tiveram oportunidade de conhecer bem de perto o celebre manuscrito, cuja importância para a cultura do Direito Romano era indiscutível, e não é crível que, reconhecida a celebridade e importância dele, deixassem de mencionar o fato da sua descoberta, como fizeram Diplovataccius, invocando a crônica a que se refere, e Taurellus os versos do poema de Raunerius. Daqui, conclui Savigny, não há razão suficiente para admitir a realidade do acontecimento.

Apesar disto, acha o mestre ilustre ainda menos crível o fato do presente do manuscrito feito pelo imperador aos pisanos, não obstante afirmar Taurellus que Plotius Gryphius possuía o ato original da doação queimado, com outros papéis, por causa da peste[11]. Zuchelli descobriu

---

9 Odofredus ad L. – in rem actio – D. de rei vind. – "Unde se videatis pandectam quae est Pisis, quae pandecta, quando constitutiones fuerunt facte, fuit deportate de Constanfinopoli Pisis, est de mala litera."

10 Bartolus in rubr. D. soluto matrim. – "... hoc volumen (o infortiatum) nunquam fuit amissum. Semper enim fuit totum volamen pandectarum Pises et adhuc est".

11 "*Sede et Plotius idem adfirmat, antiguum instrumentum domi se habuissse donationis ejus in Pisano per Lotharium collatx; quod postea contagiosae pestis periculo vitando inter alia scripta igne consumptum sit.*"

alguns volumes de memórias históricas sobre Pisa escritas em 1730, em o quarto dos quais encontrou uma passagem decisiva[12] e existe um trecho[13], que, por sua vez, não deixa de merecer toda a atenção. Tudo isto, porém, não é suficiente para convencer o melhor historiador do *Direito Romano na Idade Média,* o grande Savigny, da veracidade dos dois fatos examinados, pois, prefere atribuí-los *"às fábulas inventadas pelo patriotismo dos italianos em honra de suas cidades natais".*

Entretanto, verdadeiras, ou fabulosas, a descoberta e doação do manuscrito se reportam ao segundo quartel do século XII, coincidindo com a acentuada intensificação dos estudos jurídicos, principalmente do Direito Romano, de forma que o historiador consciencioso fica em situação de séria dificuldade, na falta de elementos seguros de convicção, para dizer: se foi a descoberta do manuscrito que provocou a renascença desses estudos, ou, ao contrário, se foi a sede de saber que instigou a procura de fontes para saciar-se e chegar à descoberta daquele preciosíssimo manancial. Esta última conclusão, porém, tem a seu favor argumentos de valor histórico merecedores de especial atenção, como vamos ver em seguida.

Escolas de Pávia, Ravenna e Bolonha – Emerson, citado por Tobias Bareto[14], referindo-se à Idade Média, diz que "em seu Dante, Alfredo, Wickliffe, Abelardo e Bacon; em sua *Magna Charia,* seu cálculo decimal, sua bússola, sua pólvora, seu vidro e seu papel; em seus relógios, sua química, álgebra e astronomia; em sua arquitetura gótica e sua pintura,

---

12 *"Del privilegio di Lottario Imperatore, dato agli Pisani col Donativo delle Pandette, ne fú fatta Copia Autentica per l'Arcivescovo Uberto di Pisa da Andrea Romuli publ. No – della Cittá d'Amalfi l'Anno 1135, e sottoscritta di sua propria mano, e per maggiore testimonianza di cio si sottoscriveno ancora cou i loro soliti sigili e Nomi Cesare Arcivescovo de Palermo, Matteo Vescovo di Scala, e Garbino Vescovo di Minorca."*

13 "Anno Dom. MCXXXVIII. *Pisani fecerunt exercitum supra Roggerium Rogem Sicilie, et schlam majorem tributariam fecerunt, similiter Sorrenti, eodem die Ravelli civitatem in monte postiam vincerunt et eam devastaverunt igne, et succiderunt eas et ad mare duxerunt. In his tribus diebus Malfi, Traini civitates, Schale, Shabelle et Fratte, Rocha et Pugerule, et totum ducatum Ma-fetanorum sub tributo possuerunt,* ET INDE HABUERUNT *Pisani Pandettam, et tenuerunt Neapolim per VII annos."*

14 *Estudos de Direito* – pág. 320.

ainda hoje todos nós aprendemos e deliciamo-nos" – "Foi realmente uma época de *zymosis* ou de fermentação", accrescenta Tobias, "que se estendeu até os nossos dias. O direito civil e o seu processo, como eles existem entre os povos modernos, também começaram lá. O império de Carlos Magno, que já trazia em si o gérmen de sua dissolução, a qual foi acelerada pela fraqueza de seu sucessor, dividindo-se entre os três filhos deste, dera lugar ao desenvolvimento das diversas nacionalidades de França, Itália e Alemanha, e se tornaram os principais fatores da cultura milenar da Europa."

E depois aludir ao aperfeiçoamento do direito processual na França e na Alemanha, assim se exprime em relação à Itália:

"Na Itália, finalmente, o direito romano, nos séculos XII e XIII, reanimou-se de tal modo que deu lugar a sua recepção na Alemanha, no fim da Idade Média. Por isso mesmo a história do direito processual na Itália é da mais alta significação jurídica e prática. Ela pode ser estudada desde o século IX até o século XI, onde ao lado do vigente processo franco-longobardo preparou-se a reanimação do processo romano... O que nos importa saber é que cedo e muito cedo, em plena confusão medieval, a Itália já contava as duas escolas jurídicas, de Pávia e de Ravena, que abriram caminho à renovação do direito romano na escola de Bolonha. A escola de Pávia contribuiu para esse fato, substituindo por uma jurisprudência sábia o moribundo direito popular longobardo. A escola de Ravena, porém, prestou a sua contribuição, oferecendo ao espírito indagador de Irnerius e seus discípulos os documentos completos da jurisprudência romana."[15]

Muito se tem escrito sobre a Idade Média, dando-se-lhe frequentemente o caráter de uma "época do predomínio da *individualidade*, época em que prevaleceu a *força*, época de *trevas* e *confusão*, *época sacerdotal* e *mística* e também época de *virtudes cavalheirescas e militares*"[16]. Mas, na realidade, o verdadeiro caráter da Idade Média é comum "a todos aqueles períodos em que se encontram as origens de uma *nova ordem de humanidade*. Este caráter consiste essencialmente em que ao homem da Idade

15 *Op, cit.*, págs. 320 e 321.

16 Giuseppe Carle – Cit. *La Vita del Diritto* – Parte Primeira – L. III, Cap. III, nº 113.

Média se apresentam novamente confusos e indistintos os conceitos e as instituições sobre que se apóia a sociedade humana. Para o homem da Idade Média, *Deus,* a *humanidade* e a *natureza;* a *religião,* a *ciência,* e o *direito;* a *força,* o *consentimento* e a *razão;* o *individuo,* a *família* e o *Estado;* o direito de *defesa,* de *propriedade* e de *liberdade;* a vida *religiosa, política* e *militar,* todos os conceitos e as instituições, em suma, que os gregos e os romanos iam distinguindo e analisando, voltam a confundir-se e a identificar-se, uns com os outros, produzindo-se em sua mente uma espécie de indistinção e confusão primitiva, da qual lhe era impossível sair sem refazer gradualmente e em breve espaço de tempo a vida já feita nos anteriores períodos de civilização"[17].

Dividindo-se a história da Idade Média em três períodos, como fez o eminente Carle – *período das invasões, período feudal,* e *período municipal* –, o terceiro, que é o do *bem público* e do *Estado,* é exatamente aquele a que corresponde o renascimento do estudo do Direito Romano nas inúmeras escolas do ensino jurídico e universidades que foram disseminadas pela Europa, principalmente depois que Irnerius, o celebre *Lucerna Juris* de Bolonha, começou o seu apostolado cientifíco, no início do século XII.

Antes dele, porém segundo afirma Damianus[18], em Ravena e Bolonha, mesmo, se acham traços do ensino do Direito, o que importa em reconhecer que a renascença da cultura jurídica manifestou-se antes da invocada descoberta de Amalfi e da Lei de Lotário ordenando a aplicação do Direito Romano, pois, Damianus faleceu em 1072, e Peps, que tentou ensinar em Bolonha, figura como membro da municipalidade no ano de 1075[19].

Não é possível subtrair o Direito Romano, por mais pertinazes e autorizados que sejam os seus inimigos em recusar-lhe o lugar que realmente ocupa na história do espírito humano, da situação a que se impôs pela superioridade de sua *forma* e *fundo* e pelo contraste que assinalava, quando em comparação com o Direito dos outros povos que se substituíram – dominação dos antigos territórios, outrora sob o ordem dos Césares.

17 Cit. G. Carle – loc. cit. *in fine.*

18 *De parentelae gradibus* – (S. Petri. Damiani opp. Bossani 1783, 4, T. III p. 179- 192) – apud Savigny – *op. cit.* - Cap. XXVI, vol. 4º.

19 Odofredus (in L. *Jus civile* 6, *D. de justitia et jure*), também citado por Savigny.

Sedutor na elegância da forma, seguro e lógico na precisão do conceito, continha, por isso, os dous atrativos para subjugar a atenção dos espíritos exigentes e ávidos de saber.

Renovado o seu ensino em Pávia, Ravena e Bolonha, naturalmente provocou a curiosidade dos homens inteligentes e daí a necessidade de revelá-lo nos centros de mais intensa vida intelectual. Eis por que o estímulo dessas escolas no cultivo do Direito Romano determinou a criação de muitas outras, não somente na Itália, como também na França, Portugal, Espanha e Alemanha.

Foram notáveis precursores da renascença literária, artística e científica que começou no século XV, as universidades e escolas do ensino de Direito estabelecidas em *Pisa* (provavelmente antes de 1193), *Vicenza* (1215), *Nápoles* (1224), *Vercelli* (1228), *Ferrara* (1241), *Piacenza* (1248), *Modena* (1260), *Perúgia* e *Reggio* (1276) e *Roma*, provavelmente em meados do mesmo século das precedentes (XIII). Na França, além da de *Paris*, que foi fundada pelo menos em 1180, merecem indicação as de *Toulouse* (1233), *Orléans* (1236), *Montpellier* (1289) e *Bourges* (1464). Na Espanha tiveram grande nomeada as de *Salamanca* (1422) e *Alcalá* (1510). Em Portugal, a de *Lisboa* (1289), depois transferida para *Coimbra* (1308), onde ainda se acha, a qual, nos seus seiscentos e vinte três anos de existência gloriosíssima, tem prestado os mais relevantes serviços à cultura cientifica da velha Lusitânia e prestou, também, à mocidade brasileira contemporânea da nossa independência política. Na Alemanha tornaram-se celebres as de *Heidelberg* (1386), *Colônia* (1388), *Ingolstadt* (1410), *Rostock* (1415), *Magúncia* (1441), *Greifswald* (1456), *Basiléia* (1459) e as de *Berlim, Marburgs, Gaetting, Jena, Leipzig, Landshut, Kiel* e *Giessen*, que gozaram da suprema ventura de ter como discípulos e professores os dois mais reputados romanistas dos tempos modernos – Frederico Carlos de Savigny e Rodolfo von Jhering[20].

20 Bom é advertir que muitas das datas relativas às fundações das antigas escolas e universidades não têm o cunho de absoluta certeza, pois é lamentável a falta de dados preciosos para estabelecer, com rigor cronológico, essas fundações. Todavia, as datas prováveis que estão indicadas mostram o nosso intuito que é salientar a coincidência do aparecimento de tais centros de ensino superior com os acontecimentos que indicamos no texto.

De todas as universidades da Itália nos séculos XII e XIII, nenhuma foi mais ilustre, nem mais contribuiu para o aperfeiçoamento intelectual dos povos da Europa do que a gloriosa e veneranda *Escola de Bolonha.* A despeito, porém, de tanta celebridade, a história de sua fundação é incerta e desaparelhada de elementos seguros para ser escrita no terreno genuíno da certeza[21].

Segundo afirma Alex Formagliari[22], citado por Savigny, a Universidade de Bolonha foi fundada por Teodósio II, o jovem, no ano de 433. Mas, se é certo que a obra manuscrita que isso afirma está na biblioteca desse instituto, não é menos certo, também, que nessa mesma biblioteca existe uma crítica de Ruggieri a esta história, na qual mostra, com argumentos sérios e estudo detalhado do assunto, a inverossimilhança dessa fundação.

Arredada esta fantasia, que não tem fundamento em qualquer fato verdadeiro ou mesmo em qualquer hipótese de aparência justificável, o fato histórico mais antigo a que podemos remontar a existência da notável Universidade é o da concessão por Frederico I, em novembro de 1158, do privilégio feito à Dieta de Roncaglia. Este privilégio aproveitava aos estudantes estrangeiros, aos quais se garantia a liberdade de viajar para onde quisessem, de ficar ao abrigo de quaisquer vexames, de ter uma jurisdição particular e outras vantagens[23].

Em regra e com maioria da razão naqueles tempos, as Universidades ou centros de ensino superior não apareciam, desde o início de sua existência, aparelhados de todos os elementos de organização capaz de impor-se e atrair ao seu seio estudantes estrangeiros.

A fama, a nomeada, a atração que exercem fora do seu raio de influência local, são sempre oriundas de dois fatores que se completam: os

---

21 Savigny – *Op. cit.* – vol. III – §§ 31, *in fine*, e 60 – indica como fontes, por ele buscadas para escrever sobre a grande universidade, além de Formagliari, Ghirardacci – *História de Bolonha* –, Savioli –*Anais de Bolonha* – e Sarti – *Biografia de jur. célebres.*

22 "História da Universidade de Bolonha" (manuscrito).

23 O texto da constituição que outorga este privilégio está, segundo Savigny, assim concebido: "*Hujus rei optione data scholaribus, eos coram domino vel magistro suo, vel ipsius civitatis episcopo, quibus hanc jurisdictionem dedimus, conveniat.*"

bons professores e os bons alunos que eles preparam. Mas, estes dois elementos geradores do renome dos institutos dessa natureza somente se ajustam e coordenam com o decorrer do tempo e isto quer dizer que, quando a *Escola de Bolonha* chegou a ter tantos alunos estrangeiros que se tornaram merecedores daqueles privilégios e da atenção de um rei de tão vasto império, como era o de Frederico I, é que a sua fama vinha sendo formada através de muitos anos de árduos e meritórios trabalhos.

Atendendo a que Irnerius, sábio professor da *Escola de Bolonha*, já em 1113 a 1118 exercia funções públicas como *causidicus* e já gozava de reputação de notável jurisconsulto, pode-se atribuir esta nomeada ao seu curso na *cátedra* ilustre em que adquiriu o nome de *farol de direito (lucerna juris)* e, portanto, a Universidade já existia e dela mesmo, talvez, tivesse sido discípulo.

Isto quer dizer que a *Escola de Bolonha* começou a sua gloriosa existência, pelo menos, nos primeiros anos do século XII, de maneira que, quando foi promulgada aquela constituição de Frederico I, já o estabelecimento de ensino contava com mais de quarenta e cinco anos.

A vida do venerando instituto foi cheia de acontecimentos que assinalaram a sua elevação, até ao apogeu, e também a sua decadência, chegando a ser abolida em 1226 por Frederico I, embora o decreto que isso dispunha nunca tivesse execução e fosse expressamente revogado em 1227.

Dizem os historiadores que a Universidade iniciou as funções do seu nobre ministério com o ensino do Direito, vindo mais tarde outras escolas, de Medicina, de Filosofia, de Artes e de Teologia.

A escola de Direito abrigava estudantes de várias nações da Europa e estes constituíam-se em *universitas*, das quais duas conservavam denominações características – a dos *Citramontanos* e a dos *Ultramontanos*. No décimo quarto século existiam duas universidades de Direito, independentes das de Medicina, Filosofia e de Teologia, que podem ser consideradas como *corporações*, com personalidade jurídica, e como *instituições sábias*, com autoridade científica[24]. Aqui, apenas nos interessa particularmente o segundo ponto de vista.

---

24 Para bem conhecer a organização da corporação, veja-se Savigny – *op. cit.* – vol. III, §§ 69 a 76 –, e como *instituição sábia* – §§ 77 a 82 –, sendo que estes procuramos resumir no texto acima.

O ensino era ministrado na *Escola de Bolonha* por professores de *curso*, de *repetição* e de *argumentação*, que, primitivamente, tinham o tratamento de *Doctor*, *Magister* e *Dominus*. Posteriormente, a palavra *doctor* deixou de corresponder unicamente aos professores, pois que o doutorado, quer em Direito Romano, quer em Direito Canônico, quer em Direito Romano e Canônico (*in utroque, jure*), era concedido a quem se sujeitava a uma certa ordem de estudos durante tempo determinado e se submetia a *examen* (*privata examinatio*) e a *conventus* (*publica examinatio*). No *examen* o candidato tinha de escrever um trabalho sobre dois pontos sorteados (*puncta assignata*), de Direito Romano, ou de Direito Canônico, ou de ambos, lia a sua tese e abria-se discussão sobre ela, julgando-se depois o examinando, que, aprovado, recebia o grau de *licenciatus*.

No *conventus* o *licenciatus* comparecia na igreja só, lia a sua tese e os estudantes discutiam sobre ela. Se era aprovado, os doutores que o haviam apresentado ofereciam-lhe as insígnias doutorais – o *livro*, o *anel* e a *borla*.

O curso era dividido em seis cadeiras especiais e pelas matérias de cada ano eram designados os estudantes – 1º, *Ordinaria in Decretis*, – 2º, *Extraordinaria in Decretis*, – 3º, *Sexti et Clementinarum*, – 4º, *Infortiati et Novi pro diebus continuis*, – 5º, *Voluminis*, – 6º, *Infortiati et Novi prodiebus festivis*.

As aulas duravam um ano e eram inauguradas no dia útil imediato ao de São Lucas (19 de outubro), a começar pelas aulas de Direito Canônico e, no dia seguinte, as outras matérias. O fato revestia-se de grande solenidade: missa cantada, discursos, etc. Durante o ano concediam-se férias aos alunos, como as da Páscoa e do Natal. As aulas tinham lugar pela manhã e à tarde e eram multados os professores que começavam as lições depois da hora oficial e os estudantes que, terminada a lição, permaneciam nas salas (*schola*). A lição devia ser *oral* e durante o tempo a ela destinado era vedado ao professor ler as *sebentas* ou mandar que os alunos lessem os seus *cadernos*[25].

---

25 *Sebentas* – nome que em Coimbra os estudantes davam às explicações litografadas sobre os textos dos compêndios; *cadernos* eram os volumes organizados com as folhas de papel em que desenvolviam as notas das lições ou *apontamentos* tomados nas aulas.

Os professores de matérias importantes tinham empregados seus – *Bidelli* – encarregados de acomodar os alunos nas aulas e de outros serviços expressamente determinados nos Estatutos[26]. O pagamento dos honorários devidos aos professores era objeto de contrato entre eles e os seus alunos, ordinariamente por intermédio de um destes e as somas estipuladas, *per capita*, variavam de acordo com as matérias e o merecimento do mestre[27].

Os *cursos*, os *livros* que serviam de programa e os professores eram divididos em *ordinariae* e *extraordinariae*, cuja significação rigorosa se não pode determinar, pois, há quem entenda que tais expressões se referem aos cursos feitos em *edifícios públicos*, uns, e em *casas particulares*, outros, – bem assim que se reportam aos cursos *gratuitos* e aos *assalariados*. As matérias que serviam de objeto aos *livros* e a *categoria dos professores ordinários* de Direito Romano eram contidas no *Digestum vetus* e no *Codex*, e de Direito Canônico as do *Decreto* e das *Decretais*; todos os outros eram *extraordinários*[28].

Passemos agora relembrar os grandes nomes ligados à gloriosa *Escola de Bolonha*, o método que empregavam e a influência que exerceram por seus trabalhos e por seus discípulos.

– OS GLOSADORES – *Irnerius*[29] foi o mais célebre dos professores do século XII e o seu nome adquiriu tal notoriedade que, ordinariamente, se supõe ter sido ele o fundador dessa Escola, quando apenas o foi do método de estudos que nela vigorou durante séculos. Exerceu funções públicas ao tempo da Condessa Matilde e de Henrique V[30], devido, provavelmente, à nomeada de que gozava como professor, não sabendo

26 Dizem Odofredus, Cinus e Sarti, citados por Savigny (*op. cit.* – § 94) que o grande Azo teve um *Bedel*, cuja memória foi conservada pela singularidade do seu nome – *Galopressus* –, que lembrava a sua deformidade, o qual, ao morrer, deixara duas mil libras.

27 Em um manuscrito das *Pandectas* de Stuttgart, segundo Savigny, há uma nota de despesas do estudante Wardus de Clusio, em Bolonha, de 1324 a 1335, assim redigida: "Item dedi Domino Ray, meo Doctori pro suo salario... unum florenum. Item dedi Domino Belvisi, pro bancis et domo... decem solidos. Item dedi ut reciperer in eivem et in collegium... decem solidos. Item in collectis Bidelli Universitatis et Domini Jacobi... 20 solidos. *Item solvi pro repetitione... quinquaginta solidos.*"

28 Sobre detalhes do ensino veja-se Savigny, *op. cit.*, §§ 98 a 114.

29 Veja p. 32 v.

30 Veja p. 32 v.

nada que lhe diga respeito de 1118 em diante. Foi, no começo de sua vida intelectual, professor de gramática e daqui, talvez, o travar conhecimento com os juriconsultos romanos e apreender-lhes, com penetrante acuidade, os segredos do pensamento.

O método empregado para revelar esse pensamento consistia em, depois de conhecer o texto de qualquer das partes da legislação codificada por Justiniano, juntar à parte estudada as explicações necessárias, quer em relação ao significado de uma palavra, ou mesmo de uma frase, quer em relação ao princípio científico contido no texto. Para maior comodidade, essas explicações eram escritas à *margem* dos livros, ou nas *entrelinhas* dos textos estudados e, por isso, chamavam-se *glossæ marginales* ou *glossæ interlineares* e os que seguiam este método tinham o nome de *glossatores.*

O objeto sobre que recaíam os estudos dos sábios de Bolonha eram as *Pandectas*, as *Institutas*, o *Código*, as *Novelas*, a *Lombarda* e a *Coleção de Constituições Feudais* e nisto consistia a sabedoria dos *legistas*, palavra esta que serviu para designar, mais tarde, os cultores do Direito Romano, em oposição a *canonistas,* que eram os cultores do Direito Canônico[31].

Irnerius foi um operosíssimo jurisconsulto e os seus numerosos trabalhos constituem o ponto de partida do verdadeiro renascimento dos estudos científicos do Direito Romano. As suas glosas, em que os historiadores de Direito vêem "*subtilissimum juris professorem*"[32] e na sua exposição "*elegantissimus verbis*"[33], não foram conservadas em sua integridade como muitos dos glosadores que se seguiram, chegando-nos o conhecimento da maioria delas através dos trabalhos dos seus discípulos e continuadores do método que adotara o eminente *iminente juris.*

---

31 Os textos das *Novelas* eram não só os que figuravam no *Epítome* de Juliano – 124 *Novelas* –, como nas *Authenticas*, que continham 134. Savigny sustenta (§ 185) que todas as outras fontes do Direito Romano eram completamente desconhecidas dos Glosadores e indica, entre outros, o *Código Visigodo* e os trabalhos originais dos antigos jurisconsultos.

32 Petrus de Unzola – *Aurora Novissima.*

33 Odofredus – *L. Manumissiones* – Dig. – *de fas et jure.*

Nos manuscritos que conservaram as glosas do plecaro mestre, se observa que ele usava, em regra, da *glosa interlinear* para explicar a significação das palavras e frases, procurando mostrar o sentido em que deviam ser tomadas e dando-lhes sinônimos; ao passo que quando pretendia dar ao texto explicação científica utilizava-se das *glosas marginais*. Procuram os seus biógrafos explicar esses fatos como resultantes da evolução de sua cultura e não, propriamente, como uma das manifestações do método de estudos e trabalhos por ele adotados, pois, atribuem as *glosas interlineares* ao tempo em que era simplesmente *professor de gramática latina* e as *marginais* ao tempo em que já era *professor de Direito Romano.*

Não se tendo coordenado sistematicamente e estando esparsas em trabalhos alheios e em comentários de discípulos, as glosas de Irnerius são reconhecidas geralmente pela designação feita por uma *sigla*, ora G., ora Y., ora I., chegando alguns a admitir também como características de suas glosas as *siglas* de Wilhelmus de Cabriano – W. – e a de Henricus de Baila – Yr.

O que é certo, porém, é que Irnerius, mesmo, não usava de qualquer dessas *siglas*, do que é prova a própria diversidade delas, mas, sim, os comentadores de seus trabalhos ou discípulos, que bem podiam usar de qualquer delas para designar o mestre com a inicial do nome com que o conheciam e, algumas vezes também, atribuindo-lhe, por essa forma tão simples, a autoria de um texto que, na realidade, não lhe pertencia[34].

As *authenticas* são outros trabalhos atribuídos a Irnerius. Como se sabe, após a publicação do *Código*, último monumento da codificação justiniana, em nova edição recomposta, o imperador promulgou várias *Novelas* modificando textos da sua definitiva consolidação de leis. Estas

34 Savigny – *op. cit.* – vol. IV, Caps. XXVI e XXVII, – afirma ter examinado o manuscrito do Vaticano nº 1.427, a que se refere Sarti, como um exemplo do Código com glosas de Irnerius, e reconheceu a perfeita exatidão dessa referência, não contestando a autenticidade das glosas, nem a época do aparecimento do manuscrito (começo do 13º século).

Novelas eram extratadas e, pelo mesmo processo das glosas, adotados os extratos às disposições do *Código*, a que se referiam, com a denominação genérica de *authenticas*, por provirem de constituições do próprio Justiniano.

Irnerius redigiu a maior parte desses extratos, o que provocou a imitação de outros juristas, até que Accursío repeliu os imitadores, com exceção apenas de um trabalho de Albericus[35] e de algumas expressões acrescentadas ou substituídas por Martinus Gosias e Azo. As *authenticas*, embora em maior número sobre o Código tinham também por objeto as *Institutas* e as próprias *Novelas*, revelando-se em todas elas a preocupação de retificar certos equívocos e de completar ou esclarecer o pensamento do texto respectivo.

Muitos romanistas contestam o mérito dos trabalhos dessa natureza[36], mas, segundo observa Savigny, as *authenticas* oferecem inquestionavelmente um grande interesse para a história dogmática, o que será injusto não reconhecê-lo.

Além dos trabalhos indicados, que constituem o fundamento da grande reputação do eminente professor, outros lhe são atribuídos, como o *Formularium Tabellionum*, espécie de guia para o exercício das funções de notário; as *Questiones de actionibus* – tratado sobre as ações, e dos manuscritos, um denominado *Carmina*, outro *Ad Robertum archiep. Rothomagensem satyra in poetam Scotum nomine Moriuth*, os quais manuscritos nenhum interesse oferece aos juristas.

Em torno deste astro de primera grandeza gravitavam vários juristas, entre os quais gozavam de alta reputação *Bulgarus, Martinus Gosia, Jacobus de Porta Ravennate* e *Hugo de Alberico*, chamados *quatro doutores.* Estes notáveis glosadores, segundo afirma Otto Morena, contemporâneo

---

35 A *Authentica – Si quis vult cause –* no *Código – qui potiores in pignore habeantur* – L. VIII, T. XVIII, const. 11.

36 Savigny – *op. et loc cit.* – indica os ilustres Pagenstecher, Bynkershoeck, Wissembach, Scherz e o próprio Berriat St. Prix, – os dois primeiros exaltando a exatidão das *Authenticas* e os últimos, ao contrário, acusando-as de infidelidade, com exceção apenas de Scherz que segue uma opinião intermediária.

deles, tiveram a classificação do seu próprio merecimento formulado por Irnerius, nas seguintes palavras:

"BULGARUM OS AUREUM, MARTINUS COPIA LEGUM,
MENS LEGUM EST HUGO, JACOBUS ID QUOD EGO".

Não obstante a falta de autenticidade em relação à autoria destes dizeres, parece que Irnerius poderia ter sido realmente quem formulou o juízo assim expresso, até mesmo ao ser substituído por *Jacobus de Porta Ravennate.*

A) – *Bulgarus* – Apesar da celebridade que adquiriu, Bulgarus teve um começo de vida obscuro. Ignora-se qual foi a sua família e até mesmo o lugar do seu nascimento, posto, geralmente, seja tido como natural de Bolonha. Seu nome aparece algumas vezes nos textos como *Burgarus* e outras vezes *Bulgarinus*, mas, a *sigla* de suas glosas foi sempre B. e a sua reputação de professor deu-lhe o cognome de *os aureum*[36-A] e a glória de ter tido por discípulos os notáveis glosadores Albericus e Johannes Bassanius. Exerceu funções de *judex*, em 1159, e alguns historiadores, devido à má interpretação de uma *authentica* ao Cod. L. V, T. X – *si secundo nupserit mulier...* –, explicada por um estatuto feito pela comuna reunida *in curia Bulgari*, julgam ter exercido também o lugar de *vicarius* do imperador, em Bolonha.

Bulgarus escreveu vários trabalhos de valor, entre os quais destacam-se, como os de maior nomeada: 1° as suas *glosas*, sempre reveladoras de conhecimentos profundos das fontes estudadas, a par de uma segurança de crítica e de doutrina admiráveis; 2°, os *comentários* ao título – *De Regulis Juris* – (*Dig.* L. L., XVII), atribuídos a *Placentinus* nas suas três primeiras edições, mas, cuja verdadeira autoria foi restabelecida por *Cujacius*, dando a *Placentinus* somente o que a ele realmente pertencia, as *additiones* e *exceptiones*[37]; 3°, *de*

36-A *Boca de ouro* – "...potest dici, ut dixit os aureum scilicet dominus Bulgarus, et ita appellatur Bulgurus..." – (Odofredus – loc. cit.).

37 Este trabalho mereceu francos elogios de Savigny, que diz ser o mais antigo corpo de obra produzida pela escola dos glosadores chegado ao nosso tempo que se recomenda "pela excelência do seu método e pela pureza e elegância do estilo" – (*Op. cit.*, vol. IV, Cap. XVIII).

judiciis – tratado de processo, dividido em quinze títulos e publicado em anexo à obra de Placentinus – *de Varietate Actionum* e reproduzidos os seus oito primeiros títulos em um manuscrito de Paris e em outro da biblioteca Garampi, sob a denominação – *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico* –, de autor desconhecido; 4º, a *glosa* sobre o *Liber Feudorum*, que, segundo Alvoratus, foi o primeiro trabalho, em glosa, com o de Pileus, sobre o assunto.

Naturalmente, o fecundo glosador produziu outros trabalhos, quer como professor, quer como jurisconsulto e causídico, os quais se extraviaram, ou figuram como produção de outrem. A *Cronica di Bologna* diz que o *famosissimo dottore* faleceu em 1166 e foi sepultado na igreja de São Próculo.

B) – *Martinus Gosia* – Nascido em Bolonha, de família nobre, pertencente ao partido gibelino, fez os seus estudos jurídicos na célebre escola de sua terra natal, tendo provavelmente se distinguido entre os seus contemporâneos e discípulos pela preocupação de obedecer, nos trabalhos que produzia, à palavra da lei do que lhe veio a alcunha de *copia legum*, como está no dístico atribuído a Irnerius, acima transcrito.

Esta preocupação, porém, ao passo que é reconhecida por uns[38], é contestada por outros[39], que até o censuram de se apoiar, de preferência, em uma eqüidade imaginária, a fazê-lo no texto da lei expressa. De uma, ou de outra maneira, a nomeada de Martinus Gosia foi extraordinária. Rival de Bulgarus, tornou-se, como aquele, objeto de admiração dos seus discípulos e dentro de pouco tempo, como sucedera em Roma com Labeo e Capito, duas correntes de doutrinas foram se acentuando no estudo das questões, chefiando cada um deles a sua seita.

---

38 Azo, por exemplo, – Lectura in L. 2 C. de fruct. (VII, 51), diz assim – "M. (é a sigla mais usada de Gosia) *inhærebat literæ tanquam Judæus,...*" – Savigny – *Op. Cit.* Cap. XVIII, not. 24.

39 Odofredus - in *Dig.* L. III, T. 11, fr. 4, § 5.º – assim se exprime: "Dixit Martinus, de sua ficta equitate et bursali, propter quas passus est multas verecundiais..." – Savigny –" *Op.* e loc.cit.

A seita de Bulgarus teve maior nomeada, porque contou em seu seio adeptos de poderosa influência na opinião geral dos juristas como Albericus, Bassianus, Azo e Accursio; mas, nem por isso, a de Martinus deixou de atrair a atenção dos estudiosos e de ver suas opiniões adotadas em *decretais* dos Papas e em *estatutos* da sua terra natal.

Os seus trabalhos consistiram principalmente em glosas e em adições às *authenticas* do *Código*, *Institutas* e *Novelas.*

Não se sabe, ao certo, quando faleceu; mas, provavelmente, isso aconteceu antes, ou no próprio ano, do falecimento de Bulgarus (1166), pois, da história da vida deste, consta que os seus sectários sepultaram o chefe da seita que adotaram na igreja de São Próculo, em face ao túmulo de Martinus.

C) – *Jacobus de Porta Ravennate* – O terceiro *doctor*, discípulo de Irnerius, tem o início de sua vida também obscuro, embora já não ofereça dúvida de que é natural de Bolonha e faleceu em 11 de outubro de 1178.

Contemporâneo de Graciano, o célebre monge, professor de Direito Canônico na Universidade de Bolonha[40], e do Papa Alexandre III, professor de Teologia na mesma Universidade antes de 1159, Jacobus exerceu funções de *judex* em 1151, pois, existe um seu julgado desse ano, ao qual Sarti fez referências elogiosas pela pureza e elegância do estilo. A não ser isto, dele só se conhecem as glosas, principalmente pelas citações feitas pelos autores e adicionadas às coleções de controvérsias.

A sua *sigla* é, em geral, um *J.*, mas, algumas figuram duas letras – *Ja.* e até três – *Jac.*

O apelido de *Porta Ravennate* lhe veio do fato de ter residência no quarteirão da cidade que tinha esta denominação[41].

40 Veja-se L. III, T. III, – *O Direito Canônico e o Direito Germânico.*

41 Bolonha tinha quatro portas – p*orta Ravegnana, Porta Procolo, Porta Pieri e Porta Sturi*, correspondendo, a cada uma, um quarteirão com o mesmo nome.

D) – *Hugo de Alberico* – O último dos *quatuor doctores* foi também um notável glosador e era ignorado, como Jacobus, por ser residente no mesmo quarteirão, pela alcunha de *Porta Ravennate*, porém, mais freqüentemente, por *Albericus*, nome de seu pai.

Nasceu em Bolonha e, partidário dos gibelinos, viveu exilado, com sua família, durante algum tempo. Figurou como intelectual de valor, pelo menos, até 1171.

As suas obras consistiam em *glosas* e em *distinções*, conforme as citações que se fazem. Em um manuscrito de Paris se encontram 96 *distinções*, das quais 88, que não têm designação do autor, são atribuídas a Hugo e as 8 restantes estão com *siglas* diferentes da sua. Costumam chamar esta coleção – *Distinctiones Albericanæ* – por que Rofredus deu esta denominação a muitas constantes de suas lições sobre o *Código*, entre as quais duas estão no manuscrito de Paris. Assim também fizeram Pillius e Odofredus, citados por Savigny, sendo que este sustenta que uma outra coleção de *distinções* e uma de *questões*, atribuídas a Hugo, são obras alheias e não suas.

A *sigla* de Hugo era *U.* ou *Ug.*, embora os romanistas escrevam o seu nome com *H.*

Os *quatro doutores* exerceram grande influência nos acontecimentos políticos em que figurou o Imperador Frederico I, principalmente nas deliberações tomadas na *Dieta de Roncaglia*, relativas aos direitos dos imperadores e das cidades, que deram lugar aos mais severos ataques aos eminentes juristas por muitos historiadores, inclusive Placentinus, jurista como eles e seu contemporâneo[42].

Apesar disso, a nomeada que tiveram parece que resultava de um verdadeiro e indiscutível merecimento, não somente na época em que viveram, como muito tempo depois, a despeito da maravilhosa

42 Veja-se sobre este objeto a defesa que lhes faz o preclaro Savigny, mostrando quão injustos são esses ataques às resoluções da Dieta de Roncaglia – *Op. cit.*, cap. XVIII, última parte.

evolução da ciência jurídica até o advento de Accursio e da *glosa ordinária*, nos meados do século XIII[43].

Accursio – Depois de Irnerius, nenhum nome, entre os dos mestres da escola de Bolonha, foi mais conhecido, nem mais admirado do que

---

43 Desde Irnerius até Accursio, em um espaço de tempo correspondente a 150 anos, mais ou menos, a escola dos glosadores teve, entre os seus mais notáveis representantes os seguintes: 1º – *Rogerius (glosas, sumário sobre o Código, compêndio, diálogo e catálogo sobre prescrições, coleção de controvérsias – dissentionibus dominorum, etc.* Faleceu antes de 1192); 2º – Albericus – (glosas, *authenticas* sobre o Código e distinções – *distinctiones Albericanæ.* Foi discípulo de Bulgarus; + em 1194); 3º – Wilhelmus de Cabriano – (*glosas sobre várias partes do Corpus Juris e um sumário sobre o Digestum Novum.* + em fins do século XII); 4º – Placentinus – (*glosas, de veritate actionum, sumário sobre o Código, sobre as Institutas e sobre três livros do Código* – até L. 10, T. 18 –, adições às *Regules Juris* de Bulgurus e outras. + 1192); 5º – Johannes Bassianus (*glosas, sumários sobre as authenticas das Novelas, arbor actionum, summa cuicunque vult distinctiones, disputationes* etc. + 1166); 6º – Pillius – (*glosas questiones, brocarda ou disputationes,* sumário sobre os três livros – continuação do de Placentinus –, *de ordine judiciorum, distinctiones* e escritos sobre o direito feudal); 7º – Cyprianus – (*glosas* sobre vários pontos das coleções justinianas, *authenticas* sobre os três últimos livros do *Código* e, segundo alguns autores, uma coleção de glosas de seus predecessores); 8º – Galgosius – (*glosas e constituições imperiais falsificadas,* como a que começava pelas palavras – *Ut in die dominico,* atribuída por ele a Teodósio); Otto – (*glosas, de ordine judiciario, distinctiones, brocarda*); 10º – Lotharius – (glosas e provavelmente escritos sobre Direito Canônico); 11º – Bandinus – (*glosas*); 12º – Burgúndio – (traduções de obras gregas, especialmente dos fragmentos gregos existentes nas *Pandectas,* atribuindo-se-lhe também uma tradução das *Novelas* gregas); 13º – Vacarius – (introdutor do ensino do Direito Romano na Inglaterra, fundador da Escola de Oxford, a sua obra fundamental foi "*Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus præsertim destinatus*"); 14º – Johanes Sarisberiensis – (contemporâneo de Vacarius em Oxford, a sua melhor obra é a denominada *Policraticus*); 15º – Petrus Blecensis – (discípulo do precedente, cartas em que trata de assuntos jurídicos, aperfeiçoou seus conhecimentos em Bolonha); 16º – Silvester Giraldus ou Giraldus Cambrensis – (escreveu sobre Direito Romano e Direito Canônico); 17º – Azo – (um dos mais ilustres sucessores de Irnerius, deixou *glosas sobre o Digestum vetus, infortiatum e novum,* sobre o Código e lições denominadas *Apparatus* e *Lectura,* sumários sobre o Código e *Institutas,* brocarda, questiones *definitiones, distinctiones* e muitos outros trabalhos – + em 1230); 18º – Hugulinus – (*glosas,* sumários sobre as *Pandectas* e *Código, distinctiones questiones, dissentiones,* etc.); 19º – Cacciavillanus – (adições aos brocarda de Azo, fundou a escola de Vicenza); 20º – Jacobus de Ardizone – (a sua melhor obra é uma coleção de sumários sobre o direito feudal); 21º – Jacobus Columbi – (*glosas* sobre as fontes de Direito, especialmente sobre o

o do preclaríssimo Accursio. Nascido em Florença, a Atenas da Itália, na *Villa Balneoli*, provavelmente no último quartel do século XII, Accursio foi discípulo de Azo, pois, é ele mesmo quem chama a este " *...ille qui est praceptoris mei*", tendo começado seus estudos muito jovem, do que lhe proveio, talvez, aquele "*aspectus gravissimi, et reverendi sed considerativi, at que melancolici*", na frase de Villani, o seu melhor biógrafo.

Professor durante quarenta anos, bafejado pela fortuna, que lhe proporcionava conforto e bem-estar suficientes para despreocupar-se das necessidades da vida quotidiana, dotado de espírito de operosidade e com acentuadíssima vocação para os estudos jurídicos, a sua obra foi, além de formidável na extensão, a mais fecunda sístole jurídica depois dos trabalhos mandados organizar pelo imperador Justiniano[44].

Antes do seu trabalho fundamental, compôs *adições ao sumário de Johannes sobre as autênticas, apparatus sobre as mesmas autênticas, tratado sobre árbitros e questões diversas*, que não chegaram a formar uma obra autônoma.

Código e sobre a coleção de direito feudal); 22º – Jacobus Balduinus – (*glosas, libellus instructionis advocatorum, de primo et secundo decreto, de remediis contra sententiam, de confessionibus,* etc.); 23º – Tancredus – (*ordo judiciarius, apparatus* e *provinciales*); 24º – Carolus de Tocco – (*glosas, sumários* sobre Direito Romano e *apparatus* sobre a Lombarda); 25 º – Roffredus Epiphanii – (*glosas,* lições sobre o *Código* e sobre o *Digestum novum,* de *libellis et ordine judiciorum – libeli de jure canonico, questiones sabbalinæ, de pugna de positionibus, de bonorum possessionibus e summa de actionibus*); 26 º – Petrus de Vinea – (coleção de constituições das Duas Sicílias, redigidas em Amalfi). Os dados que aqui ficam, relativos aos 26 glosadores mais notáveis posteriores aos quatro doutores e precedentes a Accursio, foram fornecidos por Savigny no 4º volume da sua *História do Direito Romano na Idade Média* e nos autores por ele citados.

44 Villani, citado e transcrito por Savigny, nos dá o seguinte perfil do grande jurisconsulto – "Stature militaris Accursius, aspectus gravissimi, et reverendi, sed considerativi, at que melancolici, ejus que quod semper meditaretur ingenii, et memorie supra modum vivassimus, vite vero sobrie, atque castissime, quamquam nitido, et perpolito vestitu delectaretur, quo viderefur pomposus tamem sine fastidio, a cujus habitu moribusque ejus auditores non secus, quam ex ore diserto leges vivendi hauriebant."

A obra magistral, que trouxe o seu nome aureolado à posteridade, foi a *Glosa Ordinária, Glosa Accursiana* ou simplesmente *Glosa.*

Dando por finda a sua missão de professor, depois de havê-la honrado durante mais de quarenta anos, como acima dissemos, à semelhança de Labeo, que procurava a quietude do campo para escrever as suas obras, Accursio deixou a cidade, o fausto da sua *Villa Ricardina*, e recolheu-se à vida solitária de camponês, ao remanso da *Villa Balneoli*, onde passara sua infância, e começou a construir o seu monumento, vasta consolidação das glosas dos seus predecessores e contemporâneos.

A *Glosa Accursiana*, reunindo e resumindo as glosas dispersas dos grandes mestres da escola, compreendia as matérias de todas as fontes do Direito Romano, sistematizando e coordenando a doutrina, e tendo aparecido em uma época de decadência das forças científicas, oferecia, na frase de Serafini[45], abundante pasto de literatura jurídica e libertava da fadiga de pensar por si.

Estes predicados deram-lhe, dentro de pouco tempo, tal autoridade, que conseguiu rivalizar com a própria lei, quando não a suplantava[46], pois, até os poucos textos não glosados pelo sábio deixaram de ter aplicação aos casos submetidos à apreciação dos tribunais, formulando-se, por isto, a aforismo largamente generalizado – "*quid-quid non agnoscit glosa, nec agnoscit Curia*".

A organização da *Glosa magistral*, solicitada pela confusão, já reinante, oriunda da multiplicidade de trabalhos dessa natureza e sem fundo científico, se, por um lado, revelava a decadência dos estudos jurídicos nas próprias fontes que lhe haviam servido de fundamento, por outro lado, agravava a decadência com o dogmatismo intransigente que tornava indiscutíveis os princípios estabelecidos.

---

45 *Op. cit.*, vol. I, intr. – p. 92.

46 Foi esta autoridade que levou Rafael Fulgosio a dizer – "*Volo pro me magis glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariæ partis et etiam judex: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intelloxit sicut tu?*" – Cód. – de obl. et act. – L. 6.

Durante muitos anos a autoridade de Accursio, pelos seus trabalhos e pela influência exercida por intermédio dos professores sobre os discípulos da escola de Bolonha e de outras cidades em que a Glosa ordinária imperava sem contraste, não teve quem lhe empanasse o prestígio e os seus próprios filhos, jurisconsultos como ele, de nomes Francisco Accursii[47], Cervottus Accursii[48] e Wilhelmus Accursii[49], se encarregaram de manter e fomentar a admiração e a glória do nome paterno.

Savigny dá à *Glosa magistral* um valor histórico extraordinário por ter escolhido a maior parte de escritos, hoje perdidos ou inéditos, de forma que o serviço por ela prestado à ciência jurídica pode ser comparado aos que Justiniano prestou com as suas coleções de *constituições* (*Código*), *responsa*, *institutiones*, etc. (*Pandectas*).

Não obstante a estagnação dos estudos jurídicos provocada pelo aparecimento do trabalho de Accursio, o que, aliás, já se vinha operando no curso dos trabalhos da escola, contemporânea e posteriormente ao mestre insigne, figuravam como juristas e professores de nomeada vários adeptos do método de Irnerius, alguns mesmo, de notável saber e grande reputação, como Odofredus, Dinus – cogno-

---

47 Filho do primeiro matrimônio, nascido em 1225 e falecido em 1293. Professor de Direito em Bolonha aos 45 anos de idade, foi embaixador de Eduardo I da Inglaterra em França e em Roma, tendo adquirido celebridade quase igual à de seu pai. Os seus trabalhos principais consistiram em glosas adicionais às de Accursio, *authenticas, consultas, discursos* e outros, sendo para notar que alguns historiadores lhe atribuem obras que são evidentemente de seu pai.

48 Filho do segundo matrimônio, nasceu em 1249 e faleceu em 1287. Doutor aos 17 anos, Cervottus ensinou Direito em Pádua e escreveu adições às glosas de Accursio, das quais três foram assinaladas por Savigny. Sofreu perseguições políticas, foi proscrito, teve seus bens confiscados e a casa de residência arrasada.

49 Também filho do segundo matrimônio, nasceu em 1246 e faleceu em 1314. Recebeu muito jovem ainda o grau de doutor em Direito Romano e, depois, em Direito Canônico. Deixou obras de valor, tais como: 1º, *Casus longi Institutionum* – 2º, *Casus sobre Código*, – 3º, *Questiones ou disputationes*. Foi também vítima de perseguições políticas.

minado Mugellanus, Rolandinus Passageri, Wilhelmus Durantis, Raimundus Lullus, Albericus de Rosciate e outros[50].

Com o advento do século XIV, a literatura jurídico-romana, já conhecida por denominações especiais, como a dos *Práticos*, *Escolásticos*, *Dialéticos* e *Comentaristas*, constituía a massa, mais ou menos heterogênea, dos *Pós-glosadores*, à cuja frente se colocou o célebre jurisconsulto Bártolo, o mais ilustre romanista do seu tempo e de tamanha reputação como Accursio.

Bartolo Sassaferrato nasceu, na cidade que lhe deu o nome, em 1314, e faleceu, em Perusa, em 1357: portanto, bem moço ainda, com 43 anos, apenas, de idade. Filho de Franciscus Severi e de Sancta Alfani, teve por professor de gramática o padre Petrus de Assisio ou Petrus Pietatis, e, de Direito, o ilustre Cinus de Pistorio, em Perusa, e Oldradus, Buttrigarius, Rainerius e Belvisio, em Bolonha.

Aos 21 anos de idade recebeu o grau de doutor e aos 25 começou, em Pisa, as suas funções de professor, transferindo-se, mais tarde, para Perusa, onde fez o centro de sua atividade intelectual e de onde expandiu a sua extraordinária nomeada por toda a Europa[51].

---

50 A relação de juristas e professores da época assinalada é numerosa, mas, os indicados foram exatamente aqueles que maior número de obras produziram. Entretanto, tiveram também atuação eficaz no meio científico e principalmente didático, de então, outros de considerável reputação e autoridade, como: Guido Suzaria, Andreas Barulo, Vicentinus Bellovacenses, J. Johannes, Deo, Martinus de Fano, Johannes blanosco, Aegidius Fuscararius, Albertus Galeoltus, Rolandinus de Rumanciis, Albertus de Gandino, Jacobus Ravanis, Petrus de Bellapertica, Johannes Taber, Oldradus, Jacobus de Belvisio, Cinus, Johannes Andreæ, etc.

51 É ele mesmo quem nos fornece os dados dos fatos principais de sua vida intelectual, nos comentários – *in Dig. novum*, L. *Quidam cum filium*, 132 de V. O. – : "ego habui unum magistrum, qui me primas litteras docuit, qui vocabatur frater Petrus de Assisio, nunc vero civitate Venetiorum vocatur frater Petrus Pietatis, sic dictus quia locum ibi erexit qui domus Pietatis vocatur, ubi antes expositi nutriendi recipiuntur: vir est expertus, nullius hypocrisis, miræ sanctitatis apud me et omnes qui cum bene nascunt... et sui doctrina me talem reddidit, quod in 14. anno oetatis meæ, in civitate Perusii, sub domino Cyno de Pistorio jura civilia audire incepi, et ejus perseverante gratia taliter continue studendo profeci, quod in 20. anno Bononiæ repetendo et disputando publice de jure respondi, et demum in 21. anno doctoratus fui: et ex multo amore quem ad illius fratris Petri bonitatem gero, *cum calamus hoc scribit, cordis oculus lacrymatur*".

As suas obras, além de numerosas, foram as que maior extensão alcançaram, atingindo, por assim dizer, e penetrando todos os departamentos de Direito Romano, quer público, quer privado. Escreveu comentários sobre o *Digestum vetus*, o *Infortiatum*, o *Digestum novum*, o *Codex*, os *Tres Libri*, as *Authenticas* e as *Institutiones*; produziu trabalhos de outra natureza, como *consilia*, *questiones*, *tractatus* sobre *direito público*, *direito criminal*, *direito privado* e *direito processual*[52]. Esta vasta organização revela uma operosidade notabilíssima e serviu de pasto aos jurisconsultos contemporâneos e posteriores para imprimir um novo movimento de progresso na cultura das ciências jurídicas.

Bártolo foi inquestionavelmente o mais notável jurisconsulto de sua época e mesmo, sem exagero, do seu século. A influência dos seus escritos, pela própria forma que lhes dava e pela precisão e elegância da linguagem empregada, foi decisiva e salutar. Em torno de sua *cátedra* reuniam-se discípulos de grande valor vindos de toda parte da Europa, inclusive da Espanha e de Portugal[53].

Os seus profundos conhecimentos das fontes e da literatura jurídica, o método que empregava no estudo das graves questões submetidas à sua apreciação, o estilo leve e a cuidadosa exegese em que procurava basear os seus trabalhos sobre os textos examinados, deram-lhe uma autorida-

---

52 Para avaliar, com a devida atenção, a probidade literária e científica de Bartolo, basta atender àquele fato, comentado por Savigny – *op. cit.* – vol. III, § 175 –, de ter ido propositalmente a Pisa verificar um texto das *Pandectas*, na Littera Pisana, a fim de dissipar uma dúvida sobre um fragmento citado no curso de um processo, fazendo-se acompanhar de outro jurista, provalvelmente Franciscus Tigrinus, e não Franciscus Accursii, como supõem alguns historiadores.

53 Entre estes discípulos estava o célebre Dr. João d'Áregas, cognominado Mestre João das Regras, que trouxe das lições do preclaro professor a mais duradoura e a mais eficiente das influências, como se vê das *Ordenações Afonsinas*, conforme atesta Melo Freire – *História Juris Civilis Lusitanis* – § 67 e nota. – Veja-se L. III, T. II – *Ordenações Afonsinas, Manelinas e Filipinas.*

de indisputável, rivalizando com Accursio e sobrepujando a todos os seus contemporâneos e sucessores[54].

Savigny contesta a afirmação de vários biógrafos do eminente professor de ter sido ele o inventor de um *novo método* aplicado ao estudo do Direito, fundado na *dialética*, e de ter sido o primeiro a escrever comentários propriamente ditos sobre as fontes do Direito, de onde lhe veio e aos seus sectários e continuadores a denominação de *scribentes*.

Mas, se, na realidade, tais afirmações não estão de acordo com a verdade dos fatos, já não pode ser objeto de dúvida ou de contestação, que foi Bartolo quem, com maior autoridade e com indisputável preponderância, desenvolveu aquele método, graças à sua formidável superioridade no meio em que agia, e enriqueceu a literatura do século XIV com trabalhos originais e numerosos sobre as fontes justinianas, graças à operosidade e constância que caracterizavam a sua vida intelectual.

É Savigny mesmo que no-lo diz: se Bartolo não é o inventor de um novo método, a sua reputação não é, também, o resultado de um capricho ou do azar; se ele não fez diversamente dos seus predecessores, fê-lo, com certeza, muito melhor.

Em torno dele e depois dele apareceram outros jurisconsultos de valor, como Lucas de Penna, Baldus, Paulo de Castro, Ludovicus Bologninus, Lancelluttus Decius e seu irmão Philippus Decius, Jason e outros[55], mas, nenhum conseguiu aproximar-se do ilustre filho de Sassoferrato.

54 A *Ord. Manuelina* – L. II, T. V, sob a rubrica – "*Como se julgaram os gafos, que não forem determinados por Nossas Ordenações*" –, manda que, na falta de "*Lei do Reino, ou Estilo, ou Costume, ou Leis Imperiais ou Santos Cânones*", se guardem as Glosas de Accursio... e na falta destas, "*a opinião de Bartolo, não embargante que alguns Doutores temessem o contrário*". Esta disposição passou para as *Ord. Filip.* (L. 3°, T. 64, § 1°) e não obstante revogada pela Lei de 18 de agosto de 1769, § 11, e pelo Alvará de 28 de Agosto de 1772, liv. 2 °, T. 3°, op. 1, permaneceu no *Regimento da relação do Rio de Janeiro*, de 13 de outubro de 1751, como princípio dominante.

55 Tais como – Ambrosius Carnadulensis, Nicolaus Nicoli, Maphæus Vegius, Lurentius Vella, Angelus Politianus, Pomponius Loetus, Aymarus Rivallius, Aelius Antonius Nerbissensis, Alexander ab Alexandro, Petrus Aegidius, Pius Antonius Bartolinus, Bartholomoeus Raimundus, Nicolaus Everardi, etc.

Com o advento do século XVI, a reação contra o método adotado pelos glosadores chegara ao seu definitivo triunfo.

A renascença sacudia o espírito humano; as ciências, as artes, a literatura, a poesia, todas as manifestações, enfim, da inteligência, tomavam novas direções e a filologia, a lingüística, a história, a religião e a filosofia davam-se as mãos para impulsionar e encaminhar o pensamento em direções até então desconhecidas.

O Direito não podia ficar alheio a esse movimento progressivo. Ângelo Policiano inicia profundos estudos filológicos sobre as fontes romanas e procura desenvolver a cultura jurídica dentro dos moldes da nova cultura literária e, em seguida, outros reclamam nova direção aos estudos jurídicos, invocando o próprio interesse do Direito. Abre-se o dissídio entre os que pretendem conservar a tradição e os que desejam remodelar a ciência dando-lhe novos elementos de vida. É a reprodução, a repetição histórica dos *sabinianos* e *proculianos,* fenômeno tão comum às ciências, em geral, e ao Direito com maior freqüência.

Alciato, milanês, nasceu em 1492. Discípulo de Jason em Pávia, e de outros em Bolonha, recebeu, nesta cidade, o grau de doutor, em 1510. Conhecendo a língua grega, o seu primeiro trabalho consistiu, ainda estudante, em explicações de todas as expressões gregas empregadas no *Digesto*, causando o seu livro uma profunda impressão de surpresa e admiração, por tratar-se, além do mais, do trabalho de um menino de quinze anos. Parecia que esta precocidade reveladora de um espírito educado nas letras gregas e latinas determinaria, como efetivamente determinou, a formação de um grande jurisconsulto, pela facilidade de beber nas duas fontes e apreender, com maior exatidão, o pensamento dos legisladores e jurisconsultos de Roma, Atenas e Constantinopla.

Helenista e literato, filólogo e jurista, Alciato entregou-se ao ensino do Direito, mas, as Universidades italianas disputavam o grande mestre Jason e o método do novel jurista ainda não tinha sido compreendido por todos.

A esse tempo, a cidade de Avinhão, que no século XIV (de 1309 a 1377) tinha servido de residência aos Papas do grande cisma, viu a sua Universidade exposta a manifesta decadência e, para evitar-lhe a queda definitiva, procurou atrair Alciato a uma de suas *cátedras* e fê-lo com promessas de grandes recompensas, que não cumpriu.

O célebre jurista, que, habilmente, colocava os seus interesses econômicos acima dos seus deveres para com a ciência, abandonou a cidade, recolhendo-se à sua terra natal, onde Francisco I, *o restaurador das letras*, foi buscá-lo, instituiu para ele uma cadeira na Universidade de Bourges e proporcionou-lhe, por este meio, a oportunidade, que soube aproveitar, para celebrizar-se e impor-se à admiração dos seus contemporâneos. A peso de ouro, fez pagar as suas lições em Pávia, Bolonha e Ferrara, falecendo na primeira dessas cidades, em 1550, com a idade de 58 anos e cheio de honrarias de toda ordem, sendo sepultado na igreja de santo Epifânio e tendo sobre a lápide de seu túmulo gravado o seguinte epitáfio – "*Andreæ Alciat* (seguem-se as suas dignidades e títulos) *qui omnium doctrinarum orbem absorvit, prima legum studia antiquo restituit decori.*"[56]

O seu primeiro trabalho versou sobre o *Digesto* e foi publicado quando tinha apenas 22 anos de idade (1514), seguindo-se-lhe muitos outros, em que se notava a contribuição valiosa das obras da antiguidade clássica no que dizia respeito à história, à filologia, às belas-letras da Grécia e de Roma, tudo em uma estreita relação com os costumes do grande povo, cuja legislação e escritos dos seus sábios jurisconsultos constituíam o objeto de seus estudos.

Foi, pois, o ilustre André Alciato, rigorosamente, o fundador da escola francesa que iniciou o segundo renascimento da jurisprudência romana no começo do século XVI, escola denominada, pelos seus adversários, *dos gramáticos, humanistas, nominalistas*, em contraposição a *realistas*, que os antigos davam a si mesmos, mas, que ficou sendo conhecida geralmente por *escola francesa da jurisprudência elegante*[57].

---

56 Vide – *Les Grands Jurisconsultes* – de A. Rodière L. IV, C. III, § IV – p. 252 a 255.

57 Berriat Saint-Prix – cit. *Hist. du Droit Ròmain* – p. 315 –, comentando a luta travada entre as duas escolas, assim se exprime: "Sustentavam os defensores do método antigo – que os inovadores criticavam as obras dos accursianos e bartolistas unicamente porque, semelhantes aos cães que ladram aos desconhecidos, careciam de capacidade para compreendê-los. Preferiam ver suas excursões literárias como um entretenimento pueril e, com o fim de desacreditá-los aos olhos do vulgo, os chamavam jurisconsultos gramáticos ou humanistas e a si próprios se qualificavam de jurisconsultos realistas, como se somente suas discussões tivessem um objeto real e representassem possuir alguma utilidade para a decisão das questões judiciais."

A escola dos elegantes teve de lutar para vencer os grandes obstáculos que encontraram os seus fundadores e, se não fosse o extraordinário merecimento de alguns dos seus adeptos e a tenacidade que revelaram na propaganda do método que seguiam, a cultura jurídica teria retardado o seu curso e o Direito seria condenado à estagnação ou à decadência[58].

Entre os sectários de Alciato, nenhum foi mais conhecido, nem mais admirado, do que Cujacius, ou Jacques Cujas, nascido em Toulouse, em 1522, e falecido em Bourges, em 1590. Professor insigne nas Universidades de Bourges, Cahors, Valence e Paris, na França, e na de Turim, na Itália, é considerado pelos historiadores do Direito Francês como o mais célebre, "*de todos os jurisconsultos posteriores aos sábios da Roma pagã*" e tendo "*a sua celebridade, que três séculos passados não têm feito senão aumentar, baseada sobre títulos irrecusáveis*"[59].

O primeiro professor de Cujacio foi o sábio Arnaud Ferrier, que abandonara o método de Bártolo para adotar o de Alciato. Enorme impressão causou ao jovem legista o profundo preparo literário de seu mestre, e daí, a necessidade, para bem entendê-lo, de buscar nas lições dos historiadores e dos filólogos e literatos os fundamentos para assentar as bases da sua educação jurídica. Aos trinta e um anos de idade pretendeu uma cadeira na Universidade de Toulouse, mas, abandonou o concurso antes de terminar as respectivas provas, não porque houvesse sucumbido em alguma delas, mas, sim, porque a Universidade de Cahors ofereceu-lhe vantagens pecuniárias de tal ordem, que receoso de perdê-las, preferiu aceitá-las imediatamente, suspendendo as provas. Como o chefe da escola, Cujacio peregrinou por várias cidades universitárias, deixando, em todas elas, os traços mais vivos e luminosos de sua passagem, tal o seu poderoso espírito e a variada e, ao mesmo tempo, profunda cultura científica.

As suas obras consistiram em estudos completos sobre as coleções de Justiniano; mas, não se limitou a estudar os grandes jurisconsultos nos fragmentos das *Pandectas*; foi a outras fontes, como o *Breviário de Alarico*,

---

58 Quando os elegantes na França e na Itália forçaram as portas das Universidades, pretendendo introduzir nelas o seu método, na França, mesmo, professores em Orleans, Bourges e Toulouse, como Stella, Boerius Rebuffi, Fernand e Forcatu, opunham vigorosa resistência e continuavam a ensinar *magister liter et more italico*.

59 São as palavras textuais de A. Rodière – *op. cit.* – L. V, C. III, § IV, P. 285 a 291.

a *Lei dos Borguinhões*, as *Basílicas*, etc. Parece que ele entendia que a obra de Triboniano tinha alguma coisa de semelhante àquela estátua de Horácio, formada por peças tiradas de outras estátuas admiráveis, mas, sem a necessária unidade e proporção estética – *ut nec pes, nec caput uni reddatur formæ.* – Daqui, a variedade de suas pesquisas e alguns erros de fato a que foi arrastado pela carência de fontes legítimas onde encontrar elementos seguros para elucidar e resolver as suas dúvidas. Mereceram-lhe especial atenção as obras de Papiniano, de Júlio Paulo e de Africano, sobre as quais derramou intensa luz com as maravilhosas exegeses que produziu.

As suas obras, segundo observa Serafini[60], foram editadas cinco vezes: a primeira em Paris em 1658 e a última em Prato[61] em 1835-1847, sendo que para uso delas é de grande utilidade o *Promptuarium universorum operum Jacobi Cuiacii*, de Abanesi.

Não obstante contemporâneo do ruidoso movimento religioso provocado por Lutero (falecido em 1546) e por Calvino (falecido em 1564), Cujacio mostrou-se indiferente à luta travada entre os intelectuais de então, afirmando os seus detratores que essa indiferença era fingida e que o célebre jurista apenas aguardava a vitória dos *católicos* ou dos *protestantes*, para se manifestar definitivamente pelo vencedor.

Conta-se, mesmo, que os seus discípulos, pretendendo forçá-lo a definir-se, procuraram para esclarecê-los, e à pergunta de que lado estava a verdade, ele respondera – "*nic hoc ad edictum Prætoris*", evasiva reveladora de um grande talento e de notável penetração e esperteza[62].

---

60 *Op. cit.* – vol. I – Intr. – Cap. XIV – Cujacius – É certo, porém, que a última edição é a de Turim-Nápoles, de 1874.

61 Cidade da província de Florença.

62 Costumam os escritores franceses apelidar Cujácio – Novo Papiniano. Atendendo ao seu valor intelectual, à sua ciência, à sua sagacidade, à precisão dos seus raciocínios e às grandes qualidades de escritor reveladas nos valiosos e abundantes trabalhos que deixou, a denominação em nada prejudicou ao merecimento do Príncipe dos jurisconsultos romanos. Ainda mais: atendendo a que Cujacio dedicava, ordinariamente, de 8 a 9 horas por dia para o preparo de suas preleções e que tem por divisa a frase de Juvenal – "*maxima debetur puero* reverentia –, a comparação ajusta-se-lhe com facilidade. Mas, se estendermos ao seu *valor moral*, o *símile*, segundo os mesmos escritores, representa uma injúria à memória do digníssimo, prudente nobre vítima da crueldade de Caracala.

Ao mesmo tempo de Cujacio, deu a França ao mundo um outro jurisconsulto, cuja nomeada se assinalou gloriosamente no século XVI: chamava-se Hugues Doneau, ou Donellus. Nasceu em Chalons-sur-Saône, em 1527, e faleceu em Atford, em 1591.

Considerado por muitos historiadores como um espírito mais rigoroso do que Cujacio, embora menos fecundo, Dornellus obteve imenso e justificado sucesso, quer como jurisconsulto, quer como professor.

Aos 24 anos de idade tomou a seu cargo uma cadeira na Universidade de Bourges. Adepto da seita de Calvino, os acontecimentos conseqüentes da noite trágica de São Bartolomeu fizeram-lhe temer que Catarina de Médicis, com a condescendência de Carlos IX, o envolvesse entre as vítimas de sua intolerância e, daí, a sua fuga para Genebra.

Foi professor, também, em Bordéus e Orleans, na França. Mas, a sua celebridade foi adquirida em Heidelberg, Leyden e Altford, na Alemanha, ocupando a cadeira de Direito Civil nas ilustres Universidades aí já existentes.

Embora sectários da nova escola de juristas fundada por Alciato, Cujacio e Dornello seguiram inspirações ou direções diferentes nos métodos que empregaram no estudo das fontes.

Cujacio, considerando os monumentos da legislação e da jurisprudência romana como verdadeiros fragmentos de antiguidade que atestavam uma civilização já modificada através do tempo, estudava as fontes à luz da História; ao passo que Dornello, considerando essas fontes elementos de civilização e de salutares ensinamentos para a formação do Direito vigente, as adotava como utilidades atuais, práticas e imprescindíveis.

Como se vê, um adotava o método *exegético*, o outro o *dogmático*[63].

---

63 Como se sabe, três são os métodos comumente empregados para o estudo do Direito Romano, *positivo*: o exegético, o *dogmático* e o *histórico*. O primeiro consiste na explicação das fontes, de acordo com as regras da interpretação e da crítica; o segundo revela-se pela exposição sistemática dos princípios estabelecidos no Direito vigente, acompanhando o seu desenvolvimento através das fontes que lhe deram origem; o terceiro, finalmente, visa indicar a formação *interna* e *externa* do Direito na história de sua evolução, ou dividindo esta em períodos e estudando dentro deles todas as fontes, ou estudando cada uma das fontes desde o seu aparecimento até a definitiva formação ou desaparecimento.

Com o seu método, Donello procurava elevar a ciência jurídica à altura de um monumento completo e erigido com perfeita proporcionalidade das diversas partes componentes e assente em bases sólidas. Para objeto principal dos seus comentários, ao invés de seguir o plano do *Digesto*, como fizeram quase todos os seus predecessores, preferiu para norma o Edito do Pretor, que, como se sabe, se formou, gradualmente, de ano a ano, sem prévio delineamento, pelo menos até o advento da consolidação operada por Sálvio Juliano.

É evidente, portanto, que tendo alguma coisa de original na direção dos seus estudos e na utilização dos elementos de que se apropriara para revelar os resultados de suas análises, expunha-se a maiores e a mais acurados trabalhos.

Apesar, porém, da vida acidentada que levou e da natural perda de tempo nas pesquisas a que era obrigado pelas injunções do método que adotara, Donello deixou numerosas obras tocando em quase todos os departamentos do Direito Romano. Estas obras foram editadas em Lucca, em 1762-1770, em Nuremberg, em 1800-1834, e em Florença, em 1845-1847.

A obra de Donello que fez a sua grande reputação e lhe assegurou celebridade na Alemanha foi a denominada – *Commentariorum juris civilis libri XXVIII* – Frankfurt – 1588.

Estudando estes três métodos, o eminente Mackeldey – *op. cit.* – § 109 – assim se exprime – "Estes três métodos de tratar o Direito positivo têm seu mérito e utilidade particular e dependem necessariamente uns de outros. A exegese das fontes forma a primeira e mais importante base do estudo de todo o Direito positivo; o método *dogmático* nos ensina a conhecer o Direito na realidade vigente em toda a sua extensão e em sua aplicação prática e a história do Direito nos manifesta as causas históricas e políticas do Direito vigente e, com elas, o seu espírito e verdadeiro sentido. A exegese, a parte dogmática e a história do Direito devem, pois, estar enlaçadas entre si; porém, segundo o objeto particular que nos propomos alcançar nos livros ou no ensino oral de um Direito positivo e segundo queiramos fixar-nos em uma ou outra parte como principal, assim é unicamente como pode ter alguma importância a distinção que se costuma fazer entre as obras e o ensino exegéticos, dogmáticos e históricos." – Para melhor conhecimento dos métodos empregados especialmente para a exposição da história externa, veja-se no vol. I, o L. I, T. II – *Períodos de formação e desenvolvimento do Direito Romano*, etc.

Ao tempo de Cujacio e Donello figuraram também outros jurisconsultos e professores de merecimento, que embora não tivessem atingido a nomeada dos dois mestres aludidos, revelaram, todavia, cultura notável e manifesta aptidão para o ensino.

Antes de Cujácio, por exemplo, floresceram – Baron, falecido em 1550, Duareno – 1559 –, Le Mire ou *Miræus* – depois de 1562 –, Gouveia – 1566, – Dumoulin ou *Molinæus* – 1566 –, du Tillet ou *Tilius* – 1570 – Coras – 1572 – Bauduin ou *Balduinus* – 1573, – Vintimille – 1582 – e Arnaud du Ferrier ou *Ferrerius* – 1585, professor de Cujacio; contemporaneamente a este e a Donello notaram-se Roussard – 1567, – Le Comte – 1586, – Hotman – 1590, – Brisson – 1591, – e como discípulos Pithou – dous irmãos – Pedro falecido em 1596 e Francisco em 1621, Pedro Faur – 1600, denominado pelo próprio mestre *vir nunquam satis laudatus*, – Ranchin – 1605 –, Le Caron ou *Charondas* – 1617, – Dionísio Godofredo – 1622 – sob cuja direção foram feitas várias edições do *Corpus Juris*, e muitos outros que serão oportunamente indicados, quando estudarmos a literatura jurídica que, vulgarizando o Direito Romano na Europa, exerceu a máxima influência na formação dos monumentos de legislação escrita dos povos que ultrapassaram a Idade Média e progrediram sob a dupla direção da civilização romana e germânica.

Livro Terceiro

Influência universal do Direito Romano

Título I

INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NA FORMAÇÃO DE VÁRIAS LEGISLAÇÕES

SUMÁRIO – IRRADIAÇÃO DO DIREITO ROMANO E A RAZÃO DE SEU DOMÍNIO SOBRE AS LEGISLAÇÕES DOS POVOS CIVILIZADOS. A CLASSIFICAÇÃO DE ERNESTO GLASSON E CLÓVIS BEVILACQUA RELATIVA AOS POVOS QUE ORGANIZARAM O SEU DIREITO SOB A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO E DE OUTROS ELEMENTOS. OS GRUPOS DAS NAÇÕES DA EUROPA, OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE E AS REPÚBLICAS LATINO-AMERICANAS. O CÓDIGO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. O DIREITO ROMANO NAS LEGISLAÇÕES ANTIGAS, NA DOUTRINA, NOS CÓDIGOS E NAS LEGISLAÇÕES MODERNAS DA ITÁLIA, GRÉCIA, ROMÊNIA, ESPANHA, PORTUGAL, FRANÇA, BÉLGICA, HOLANDA, ALEMANHA, SUÍÇA, ÁUSTRIA, HUNGRIA, SÉRVIA, MONTENEGRO, BULGÁRIA, TURQUIA, INGLATERRA, DINAMARCA, SUÉCIA, NORUEGA, RÚSSIA, ESTADOS UNIDOS, JAPÃO E CHINA. OS DOIS GRUPOS DE LEGISLAÇÕES.

É fato para salientar, nas conquistas da inteligência humana, o que tem ocorrido repetidas vezes com o Direito Romano.

Inspirado, no período inicial de sua formação, pelas sugestões do pensamento jurídico de vários povos, cuja civilização já havia atingido a um certo grau de desenvolvimento, como eram, então, os babilônios, os

egípcios e os gregos[1], o povo romano muito cedo ainda começou a pensar juridicamente por conta própria e a revelar ao mundo a mais acentuada aptidão para a cultura prática do Direito e, logo após, para a sua elevação à categoria de uma ciência em posição saliente no quadro geral das ciências.

E por que assim aconteceu? Por que, com origens tão longínquas, conseguiu o Direito Romano chamar, várias vezes, a atenção dos homens de ciência e impor-se, dominadoramente aos povos da Europa? Seria obra do acaso, ou uma vitória alcançada nas lutas que travou contra todos os elementos de resistência, que se lhe opuseram?

A razão disto é-nos fornecida em uma bela página de Jhering.

"A função do direito", diz o sábio professor de Goettingen, "é, em geral, a de realizar-se. O que não é realizável nunca poderá ser direito e, pelo contrário, tudo aquilo que produz esta função será direito, mesmo antes de ser reconhecido como tal (direito consuetudinário).

"Assim, pois, no uso real do direito está a sua primeira consagração e o único meio exato de conhecê-lo, além do texto em que a lei ou outra fórmula o haja estabelecido, são o comentário e a crítica desse texto. *Usus longo tempore unus est legum corrector*, disse Tito Lívio. Nenhum código de leis, nem coleção sistemática do direito de uma época ou de um povo qualquer podem ser suficientemente compreendidos sem o conhecimento das condições reais desse povo e dessa época; conhecimento que por si só explica a existência das regras do direito e sua significação, e nos faz conhecer os obstáculos ou os meios que encontram a eficácia deste nas circunstâncias da vida.

"O direito, tal como nos chegou em suas formas legislativas, vem a ser como o desenho de uma máquina. A melhor explicação e crítica, ao mesmo tempo, que dela podemos fazer, serão dadas, não no debuxo, mas, sim, na máquina mesma quando funciona, porque, então, mais de uma das molas, desconhecidas a princípio, revelarão sua grande importância e mais de uma das rodas, aparentemente principais e mui necessárias, poderão ser consideradas até inúteis.

"O motivo da existência de tal instituição e de sua forma se acha no *fim* e nas *necessidades* de tal ou qual época determinada, pois, nas

---

1 Veja-se L. I, T. VI – *Jus Civile Papirianum* e *Lex Duodecim Tabularum.*

condições estabelecidas para esta última está a razão por que tal instituição veio a ser possível e tal outra desnecessária."[2]

Para o sábio mestre, portanto, a *realizabilidade material e formal do direito,* isto é, a sua utilidade ou oportunidade e a perfeita compreensão das regras para tornar o princípio *abstrato* em direito *concreto,* foi a razão do triunfo indiscutível da ciência dos Papianos e Júlios Paulos.

Mas, a *realizabilidade formal* não lhe foi dada somente em obediência à necessidade de ordem prática, como em geral acontecia em Roma, mas, também, por uma natural tendência do espírito dentro de umas certas épocas da História.

Vimos como as universidades da Europa, depois da luz brilhante que se veio refletindo de Pávia, Ravena e Bolonha, influíram na generalização dos conhecimentos jurídicos na Itália, França e Alemanha, tornando-se centros notáveis de irradiação científica, principalmente do Direito Romano, que era exatamente o que se apresentava com organização definitiva nas coleções justinianéias e profundamente estudado pelos exegetas que iam a Bolonha e de lá vinham dominados pelas lições dos glosadores.

A irradiação do Direito Romano, principalmente do Direito Privado, no ramo que modernamente chamamos Direito Civil, foi, pois, uma injunção que se operou vitoriosamente e teve por causa, ao mesmo tempo, o seu caráter científico e prático e a pobreza do Direito dos povos que ele dominava.

Ernesto Glasson,[3] inspirado talvez no mapa do Direito vigente na Alemanha, segundo Savigny,[4] propôs fixar o Direito Privado da Europa, anterior ao advento do Código Civil Alemão, em três grupos, obedecendo ao critério da contribuição dos três elementos geradores – o *nacional,* o *romano* e o *canônico.*

---

2 Cit. *Esp. do D. Rom.* – vol. I – Intr. – § IV.

3 *Le mariage civil et le divorce* – pág. 6. Veja-se Clóvis Bevilacqua – *Resumo das Lições de Legislação Comparada* – nº 32, págs. 72 e seguintes, – e também – Cândido de Oliveira – *Curso de Legislação Comparada* – 16ª lição – págs. 197 e seguintes.

4 Veja-se a carta colorida no fim do *Tratado Prático do Direito Civil Alemão* de Braun-Hegener e Ver Hees – cit. por Cândido de Oliveira – pág. 483.

Para o primeiro grupo, isto é, para aqueles povos, alheios às influências externas, que organizaram um Direito genuinamente local, o mapa de Glasson indica os países do norte da Europa, filiando a eles os Estados Unidos.

Para o segundo grupo, isto é, para os que atenderam a contribuição de subsídios romanos, germânicos e canônicos, fica reservado o centro da Europa.

Finalmente, para o terceiro grupo, isto é, para os povos que adotaram o Direito Romano e algumas contribuições de elementos canônicos, germânicos e, podemos acrescentar, em relação à Ibéria, elementos semíticos, podem ser indicados os países do sul.

Recompondo o mapa, a classificação de Glasson poderá distribuir as nações pelo critério da maior influência, indicando-as na ordem decrescente: – 1º grupo – onde predomina o Direito Romano – Itália, Grécia, Romênia, Espanha e Portugal; – 2º grupo – onde os três elementos, romano, germânico e nacional se combinam – França, Bélgica, Holanda, Alemanha, Suíça, Áustria e Hungria, – e, finalmente, o 3º grupo – onde a formação do Direito se operou alheia à influência de elementos estranhos.[5] Inglaterra, Suécia, Noruega, Dinamarca, Rússia e Estados Unidos da América do Norte.

A estes três grupos, entende Clóvis Bevilacqua que se deve juntar mais um – o das Repúblicas Latino-Americanas.

Restringindo as nossas observações sobre a influência exercida pelo Direito Romano somente, e deixando de parte o que porventura se

---

5 O mapa atual da Europa não nos pode servir de guia para estudar a evolução da influência do Direito Romano, porque várias foram as modificações territoriais, principalmente em alguns países do 1º e do 2º grupo. Segundo o excelente trabalho do professor Dr. Mário Vasconcelos da Veiga Cabral – *A Europa Atual* –, pág. 67 –, esta se acha dividida em um território, uma possessão asiática e 37 Estados independentes, dos quais oito formam a *Europa Setentrional*, cinco a *Europa Ocidental*, dez a *Europa Central*, dois a *Europa Oriental* e 14 a *Europa Meridional*. Para seguir a divisão aludida teríamos de mutilar este trabalho sem proveito para o nosso ponto de vista, que é mostrar a *influência universal* do Direito Romano e não propriamente sobre zonas determinadas, embora Glasson tivesse obedecido a esse critério.

refira ao Direito Canônico e ao Direito Germânico, que são objeto do Título III deste Livro, parece-nos que a classificação de Ernesto Glasson, estabelecendo três categorias de legislações, com uma dedicada às nações alheias à influência romana, não pode ser aceita como rigorosamente exata, porque, nem outrora, nem atualmente, se poderá dizer que a Inglaterra, Suécia, Noruega, Dinamarca e Estados Unidos da América do Norte têm suas legislações organizadas fora inteiramente daquela influência.

Certamente estes povos, que aliás nunca revelaram, no curso da história da cultura jurídica universal, propensão para as criações jurídicas de caráter privado, não procuraram, como os outros, assimilar instituições romanas, com a mesma precisão e critério dos povos que, mantendo um contato imediato e direto com o povo romano, chegaram a compreender a riqueza inexaurível das fontes coordenadas na codificação justiniânea. Mas, isto não quer dizer que ficassem de todo alheios à cultura romana, pois, estudando-se os contornos das legislações destes povos, se percebe nitidamente o traço romano em todas elas.

Todos os territórios da Europa, que estiveram por muitos anos sob o poder do império, ou em comunicação constante com os seus grandes centros de vida social, econômica e intelectual, receberam, naturalmente, a civilização romana, mesmo porque esses povos não tinham rigorosamente civilização definida, nem um Direito organizado.

É mesmo sabido que, deixando de parte as velhas civilizações asiáticas e africanas, duas poderosas correntes de civilização se organizaram na Europa – a *grega* e a *romana* –, às quais, mais tarde, como um desenvolvimento das idéias oriundas destas duas fontes, se juntaram as civilizações de todos aqueles povos que, sob a denominação de *germanos*, vieram do norte e entraram em contato com o mundo *greco-romano-cristão*.

Mas, não obstante isto e a natural falta de vocação para a cultura do Direito, os povos do norte da Europa não se mostraram indiferentes à influência romana, de forma a justificar a divisão com povos fora desta influência.

O que se verificou, foi o mesmo que ocorre com as *ondas sonoras*: à proporção que se vão afastando do ponto de partida, vão também perdendo em energia, chegando mesmo a desaparecerem.

O Direito Romano teve de abrir luta contra vários elementos que impediam a sua irradiação: o esquecimento da língua latina e a ignorância do seu valor foram as causas principais a dificultarem a sua vulgarização.

Entretanto, não nos cansamos de repetir o que disse Jhering[6] quando estudou a reaparição do Direito Romano na Europa: "A vida romana, a essência íntima de Roma, ressurgiu sob uma forma mais preciosa e mais original do que tudo quanto o povo romano havia legado de notável à posteridade nas artes e nas ciências; viu-se germinar a flor mais bela, amadurecer o mais opimo fruto do seu espírito. Fenômeno extraordinário! Volta à vida um direito morto, escrito em uma língua estranha, acessível somente aos sábios, chocando-se por todas as partes contra mil resistências que se lhe oferecem e, não obstante, consegue impor-se e triunfa. O que não tinha podido fazer quando florescente e em pleno vigor – regenerar o direito dos outros povos – cumpre-o meio século mais tarde; tinha que morrer para poder dilatar-se em toda a plenitude de sua força. Que grandeza a glória do seu triunfo! Qual foi a sua origem? Uma simples gramática colocada em mãos de homens ávidos de instruir-se, que não tardou em elevar-se a Código de leis e que revestiu, depois que sua autoridade no exterior havia sido debatida e quase aniquilada, uma perfeitíssima forma que chegou a ser a regra de nosso pensamento jurídico."

Com estes predicados e dominando facilmente as camadas cultas, mais ou menos preponderantemente, não parecerá uma conclusão arbitrária o afirmar que, na apreciação da influência do Direito Romano sobre a organização do Direito de todos os povos da Europa, a classificação que corresponde à verdade só pode ser a que divide estes povos em dois grandes grupos – o dos que receberam *imediata* e *diretamente* essa influência e o dos que só *mediata* ou *indiretamente* a experimentaram.

E, se deixando o critério geográfico de Glasson, procurarmos o raio da influência sobre povos até bem pouco tempo alheios à civilização romano-cristã, veremos, por exemplo, que o Japão, a Turquia e a China, posto que com modificações de importância no *Direito de Família*, têm

6 Cit. *Esp. do D. Rom.* – vol. 1º, págs. 8 e 9.

o seu Direito atual modelado, em geral, sob a inspiração de mestres e de legislações de países romanizados, o que os coloca no segundo grupo.

Não é, também, de outra sorte o que ocorre a todas as nações da América, mesmo aos Estados Unidos, em que a multiplicidade de legislações privadas dos Estados vem assumindo uma feição romana acentuada, em obediência, talvez, à lei da *sístole* e *diástole jurídica*, para a inevitável unidade do Direito Privado Norte-americano, lá mesmo reconhecida e proclamada como uma necessidade nacional, à semelhança do que aconteceu na Alemanha e na Suíça, que já a realizaram com a promulgação de seus Códigos Civis e com o Federal Suíço das Obrigações.

As nações latino-americanas, embora constituídas socialmente à feição dos povos de que se originaram e, por isso, tendo assentado na América as mesmas bases jurídicas, principalmente as formuladas para a Espanha e Portugal, mereceriam que se lhes atribuísse um lugar próprio, como fez Clóvis Bevilacqua.

Efetivamente, sustenta Clóvis,[7] "necessário se faz que a esses seja aditado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quais não cogitou o sábio jurista francês, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das três categorias enunciadas, porque, provindo elas de fontes européias aparentadas proximamente entre si (direito português e espanhol), modificaram diversamente esse elemento comum, por suas condições próprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente franceses. E por desprender-se de países novos, essencialmente democráticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraia-se mais à larga".

E, insistindo na justificação do seu asserto, explica que "nada é preciso aditar em relação aos povos latino-americanos, cujas legislações se firmando sobre o direito herdado das metrópoles européias, se têm expandido ao sopro das transformações sociais, da imitação do direito de outros povos julgados mais cultos, dos progressos da ciência jurídica e das aspirações da consciência moderna".

---

7 Cit. *Lições de Leg. Comp.* – nº. 32, pág. 73.

Mas, não obstante reconhecer e salientar os elementos novos que têm contribuído para a formação do Direito que chamamos *Ibero-Americano,*[8] o grande civilista pátrio acentua que "qualquer, porém, que tenha sido a largueza desses desenvolvimentos, em todas essas legislações se mantém, *como base do direito civil*, a concepção dos romanos, onde se enxertaram contingentes germânicos e canônicos, mais ou menos abundantemente, e alterações determinadas pelo progredir das idéias e da civilização[9] – e, podia mesmo acrescentar, pelas injunções mesológicas e econômicas das várias pátrias americanas, as quais foram em grande parte atendidas no recente *Código de Direito Internacional Privado*, monumento de sabedoria jurídica, projetado,[10] discutido,[11] promulgado e já em execução em quase todas as nações americanas.

Este Código, que já é lei escrita, com as reservas formuladas, para as Repúblicas Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Do-

8 Veja-se o Título IV deste Livro.

9 "Note-se a ausência, devo dizer a exclusão, do regime dotal em grande número de códigos latino-americanos, do México, do Chile, da Argentina, e ver-se-á que o elemento romano diluiu-se neste particular. Note-se também que são legislações latino-americanas as que consagram a perpetuidade para o direito autoral e reconhecer-se-á que o caturrismo opõe, nesta parte do mundo, mais frágeis obstáculos à generosidade dos novos princípios do direito do que os que ainda sabem engendrar os países do velho continente" (nota 1 do texto de Clóvis).

10 O projeto foi formulado pelo eminente jurisconsulto cubano Dr. Antonio Sanchez de Bustamante. É um índice seguro da vocação da América para a cultura do Direito, no qual o Brasil teve parte saliente, já formulando um projeto – o da lavra do exímio jurisconsulto Conselheiro Lafaiete Rodrigues Pereira, já servindo de local para o início e o termo das discussões tendentes à organização do *projeto*, realizados no Rio de Janeiro em 1906 e 1927, na 3ª Conferência Pan-americana e no Congresso dos Jurisconsultos americanos, no último dos quais o *projeto Bustamante* ficou definitivamente redigido.

11 Foi na 6ª Conferência Pan-americana realizada em Havana, em 1928, que foi votado definitivamente o texto do Código, composto de 437 artigos, distribuídos em uma série de *Disposições Preambulares* (9 artigos), um *Título Preliminar* (com 8 artigos), seguindo-se a divisão em 4 Livros, tratando de matérias de *Direito Civil Internacional* (1º livro), *Direito Comercial Internacional* (2º livro), *Direito Penal Internacional* (3º livro) e *Direito Processual Internacional* (4º livro), subdivididos os *livros* em *títulos* e *capítulos*.
É um monumento que honra e eleva o pensamento jurídico na América.

minicana, Equador, Estados Unidos, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, São Salvador, Uruguai e Venezuela, figura também na legislação do Brasil, por força dos Decretos nos. 5.647, de 8 de janeiro de 1929, e 18.956, de 22 de outubro do mesmo ano.

Se outros elementos de convicção não tivéssemos para considerar como justificativa a reivindicação de Clóvis para a América Latina de um lugar próprio na classificação dos povos no mapa jurídico universal, o trabalho dos juristas das 21 repúblicas americanas, que elaboraram o *Código de Direito Internacional Privado*, bastaria para reservar-lhes uma situação de indisputável preeminência, no que diz respeito às fórmulas positivas para a solução de velhas questões que ainda se debatem no resto do mundo, não obstante as luzes dos juristas e os modelos de legislações de vários povos.

Dominado, assim, o Direito dos povos americanos pela influência do Direito das metrópoles, as repúblicas latino-americanas ficarão colocadas no primeiro grupo ao lado da Espanha e Portugal, formando, com estes países, uma classe de assimiladores do Direito Romano em larga escala. E se excluímos desta classe os Estados Unidos, não é porque sejam, atualmente, de todo, alheios a essa influência, mas, sim, porque, aí, ainda preponderam os elementos do Direito britânico, embora com tendência, como já vimos, para assimilarem também a concepção romana.

Rigorosamente se pode dizer que, atualmente, a não serem os povos inteiramente alheios à civilização greco-romano-cristã, todos os demais obedecem, na formação do seu Direito, às inspirações do Direito Romano, embora modificado pela natural evolução das idéias e das injunções oriundas de necessidades mesológicas e econômicas dos vários povos, mas, sem que, todavia, se desconheça nessa formação o traço saliente e indelével, o cunho magistral e inconfundível da vigorosa ciência dos Papinianos.

Para comprovar o nosso asserto, vejamos, ainda que rapidamente, como o Direito Romano penetrou, dominou e perpetuou-se nos vários países que formam os três grupos da classificação de Glasson...

ITÁLIA – Nada há para admirar no fato de ter o Direito Romano, depois do eclipse que sofreu em conseqüência do fracionamento do Império, renascido e reconquistado os seus antigos domínios, voltando a ser na Itália o que havia sido durante tantos séculos.

Vimos no *Título* precedente o florescimento do Direito Romano devido ao ensino ministrado nas *cátedras* das escolas de Pávia, Ravena e Bolonha.

O domínio dos lombardos sobre muitas cidades italianas manifestou-se também no campo do Direito; mas, às suas leis e atos jurídicos solenes acompanhavam sempre princípios e regras genuinamente romanos.

Um notável escritor lombardo do século VIII – Paulo, o *diácono*, descreve tão detalhadamente os monumentos de Justiniano, que se não pode deixar de reconhecer que os tinha entre mãos.[12] Há um comentário de leis romanas e lombardas, sob a denominação de *Questiones ac monia*, escrito antes de 1019, em que muitas passagens das *Institutas*, das *Pandectas*, do *Código* e das *Novelas* foram estudadas, revelando assim que era de trato comum estes monumentos bizantinos.

Outros elementos de intensificação da cultura jurídica dos romanos, que mostram não ter sido a Itália, a esse tempo, indiferente a ela, podem ser indicados como o célebre *Brachylogus Juris Civilis*, também chamado *Corpus Legum.*[13]

Já mostramos, também, no Título anterior, o papel desempenhado, desde o século XII, pelas universidades da Itália na propagação do Direito Romano como ciência e pelos trabalhos dos *Glosadores* e *Pós-glosadores*, cuja autoridade dilatou-se por toda a Europa, até o advento do Código Civil Francês.

Vítima, porém, de sucessivas invasões, com estas vinham sempre elementos perturbadores da ascendência do Direito Romano, cuja autoridade, afinal, sobrepujava, principalmente devido aos grandes jurisconsultos que apareceram na própria península ou em países vizinhos, de onde irradiavam sua influência.

---

12 *Hist. Long.* – lib. I, c. 25 – citado por Pou y Ordinas – *Hist. Ext. del Derecho Romano.*

13 O *Brachylogus* era um manual, com 4 livros, aparecido entre os fins do século XI e começo do XII, do qual, segundo Savigny, apareceram 22 edições, a partir da feita, em 1549, em Lion, como apêndice às *Institutas* de Sennetonios, *sob a denominação de Corpus Legum per modum Institutionum,* até a de 1829, feita em Berlim por Böcking, sob o título *Corpus Legum sive Brachylogus Juris Civilis.*

A autoridade secular das *Formulae Marculfinae,*[14] a obra conhecida pelo nome de *Petri Exceptiones legum Romanorum*[15] e muitas outras compilações que antecederam e sucederam aos trabalhos dos *Glosadores*, bem mostram que a Itália sempre se manteve mais ou menos fiel ao velho e tradicional Direito, que fizera a sua glória durante mais de dez séculos, indo buscá-lo mesmo fora do seu território.

Depois do advento de Bartolo, que, por assim dizer, foi a figura máxima do Direito Romano, na Itália, em seguida a Accursio, os seus discípulos, dentre os quais Baldo e Ubaldo, formaram o séquito da *dialética escolástica* que criou o método daquelas inumeráveis distinções, divisões, subdivisões, ampliações e limitações de que fala Maynz.

Foram figuras salientes deste método, na Itália, Bartolomeu de Saliceto, Rafael Fulgósio, Paulo de Castro, Mariano Socino, Alexandre Tartanho, Bartolomeu Cepola, Jason de Maino, Filipo Décio, etc.

Os séculos que se seguiram, com Ângelo Policiano e Alciato à frente, revelando a *escola dos elegantes*, foram os preparadores da máxima expansão do Direito Romano na Grécia, Romênia, Espanha e Portugal, até chegar o período de codificação, que se iniciou em toda a Europa no século XVIII.

Para bem apreciar a codificação vitoriosamente levada a cabo no território da península, é imprescindível dividir a Itália, no que concerne às suas leis, em dois períodos distintos – um, que vem do império do Direito Romano, com subsídios do Direito Canônico, dos Editos dos Príncipes e

---

14 As *Fórmulas de Marculfo*, publicadas em meados do século VII, representam uma consolidação de princípios de Direito Romano e Canônico reduzidos a *fórmulas* de atos jurídicos e de soluções de questões de Direito em geral. Foram organizadas por Marculfo, monge francês, a pedido de Landric, bispo de Paris. Foram divididas em duas partes, uma, relativa a atos dos reis, príncipes, bispos e outros grandes personagens, pelo que tem o nome de *Cartas Regales*, e outra, relativa a atos de pessoas de condição inferior, sob a denominação de *Cartas Pagenses*. Veja-se – *Les Grands Jurisconsultes* – de A. Rodière – Liv. III, Cap. IV, §§ I e II, págs. 150 e seguintes.

15 É uma obra a que Savigny empresta considerável importância, dando-lhe lugar nos *Apêndices* de sua *História de Direito Romano na Idade Média.* Trata-se de um trabalho dos fins do século XI, escrito em Valência, no Delfinado, dividido em 4 livros, todos bebidos nos monumentos de Justiniano.

dos Estatutos locais, até o ano de 1859, quando se operou a união de todos os povos peninsulares, sob o governo único da *Casa de Sabóia*, – e, outro, que vem daí até os nossos dias.

Quando se verificou a união, a Itália estava dividida em dois reinos – o da *Sardenha* e o das *Duas Sicílias*, – dois ducados – o de *Parma* e o de *Módena*, – um grão-ducado – o da *Toscana*, – os *Estados Pontifícios* e, finalmente, o reino lombardo de *Veneza*, submetido ao domínio da Áustria.[16]

O reino da Sardenha promulgou em 1723, sob o governo de Victor Amadeu, o seu *Código Geral*, sob a denominação de *Leggi e constituzioni de S. M. da osservasi nelle materïe civile e criminale.*

Com a dominação francesa, a Sardenha passou a reger-se pelo Direito dos dominadores; mas, reconquistada a independência, voltou a vigorar o *Código Vitoriano*, até que foi substituído pelo *Código Albertino*, promulgado em 20 de julho de 1837. Não obstante redigido em francês e italiano, mostrando, assim, a influência do *Código Napoleão*, que lhe serviu de modelo, o *Código Sardo* melhorou em vários pontos o seu modelo e mereceu um excelente estudo de Portalis, lido na Academia de Ciências Morais e Políticas de França.[17]

Cândido de Oliveira diz que "é inegável a sua fidelidade aos princípios do Direito Romano".

O reino de Nápoles[18] foi também ocupado pelos franceses, tendo a frente o general Murat, a quem foi conferido o título de rei e governou o Estado durante 6 anos (1808 a 1814). Voltando o poder aos Bourbons, tratou-se de organizar um *Código*, que entrou em execução em 1º de setembro de 1819 sob a denominação de *Código das Duas Sicílias*, o qual, à semelhança do *Vitoriano* de Sardenha, tinha por objeto, ao mesmo tempo, matéria de *direito civil*, *penal* e *comercial* e dos respectivos *processos*. As suas disposições assentavam no Direito Romano e em costumes tradicionais

16 Vid. Cândido de Oliveira – *Lições de Legislação Comparada* – pág. 242.

17 Victor Foucher – *Le Code Sarde* – Cândido de Oliveira – *Lições de L. C. – loc. cit.*

18 Chamado também das *Duas Sicílias* por compreender a parte sul da Itália e a Sicília, isto é, Apúlia e Sicília.

consagrados nos Estatutos, que foram colecionados nas *Constitutiones Regni Sicilii* do tempo de Frederico II.

O Ducado de Parma, por seus mais ilustres juristas, com colaboração dos de Milão, organizou o seu Código, que entrou em execução em 1º de julho de 1820. Não é um trabalho original, porque copiou na sua maior parte o Código Napoleão, guardando, mesmo, a distribuição das matérias do modelo francês, do qual poucas vezes se afastou, mas, sempre o fez para preferir a lição do Direito Romano. Recebeu a denominação de *Código de Parma, Placenza e Guastalla.*

No Grão-Ducado da Toscana, vigorou, desde a sua promulgação até 1814, o Código Civil Francês, que foi proscrito com a cessação do domínio francês, voltando a região ao império do Direito Romano, em geral, do Direito Canônico em matéria de *casamento* e, quanto à matéria de *provas*, subsistiam os princípios do Código Napoleão.

O reino Lombardo Veneziano, sob o poder da Áustria até 1859, obedecia à legislação austríaca, sistematizada no Código Civil de 1811.

Os Estados Pontifícios viveram sempre sob o império do Direito Romano, mais ou menos em correlação com o Direito Canônico em certos assuntos, como *casamento*, o que, aliás, era geralmente observado em toda a Itália.

O Papado nunca procurou arredar completamente o Direito Romano, embora algumas modificações introduzisse em matérias que considerava da competência exclusiva da Igreja. A prova disto está no fato da publicação do *Motu Proprio* de Gregório XVI, em 1838, cujo art. 1º dispõe – "*Continuam em vigor as leis do direito comum* [romanas] *modificadas pelo direito canônico e pelas constituições apostólicas*".[19]

Todo esse direito vigorante na Itália foi sempre modelado à feição romana e nem podia deixar de ser assim, porque não obstante tantos séculos decorridos desde a grande *sístole jurídica* realizada sob Justiniano, nenhum outro povo conseguiu formular leis, fixar princípios e estabelecer doutrinas jurídicas com tanta precisão e acerto como fizeram os juriscon-

19 Veja-se o Título III deste Livro.

sultos de Roma, muitos dos seus imperadores e os mais ilustres mestres da ciência jurídica no Ocidente e no Oriente.

A tradição e a própria índole dos povos da Itália sempre foram elementos seguros para a unidade do Direito e a ela teriam de voltar necessariamente esses povos logo que um laço de coesão se estabelecesse entre eles.

Formada uma nação só sob o mesmo regime político, à unidade governamental seguiu-se o início dos trabalhos para a promulgação do Código Civil.

Os trabalhos de Miglietti, Confossi, Pisanelli e, finalmente, Vacca, que, sucessivamente, conseguiram fossem formulados quatro projetos, deram à Itália, em menos de sete anos, um monumento digno da cultura jurídica dos imediatos sucessores dos Papinianos e Teodósios. Promulgado em 25 de junho de 1865, entrou em execução a 1° de janeiro de 1866, sob a denominação de *Codice Civile del Regno d'Italia.* Tem 12 artigos de disposições preliminares sobre publicação, interpretação e aplicação das leis em geral e 2.147 sobre as matérias do texto. Suas fontes principais foram os Códigos Napoleão, das Duas Sicílias, Austríaco, Albertino, Parmense, enfim, o Direito Romano através daqueles monumentos que já o haviam recolhido em suas disposições.

O Código Civil Italiano, conquista de uma revolução triunfante, revela o espírito liberal de uma época: desconhece a prisão por dívidas e a morte civil, – não admite a comunhão de bens entre casados sem contrato expresso, – equipara os estrangeiros aos nacionais no gozo dos direitos civis e muitos outros princípios estabelece com acentuada divergência do próprio Código Napoleão, que foi a sua fonte mais abundante.

Para pôr termo a estas considerações, seja-nos permitido reproduzir as palavras de Cândido de Oliveira[20]:

"O principal mérito do legislador italiano, a sua glória imarcescível, foi ter sabido, no trabalho codificador, respeitar a tradição nacional e atender às novas necessidades e às reformas reclamadas pelo progresso dos costumes.

20 *Op. e loc. cit.* – pág. 252.

"Sem dúvida o direito romano é largo alicerce do código. Nem podia deixar de ser assim, tendo-se em vista os antecedentes históricos e as circunstâncias particulares da Península.

"Mas, o legislador moderno, mantendo as regras fundamentais do direito quiritário, mitigou-as pelo conceito atual de vários institutos.

"Na lei romana, observa Glasson[21] o princípio de ordem e disciplina sobrepuja o da liberdade individual e da independência, – a autoridade absoluta do pai não conhece limites na família; nas relações entre particulares, aquele direito multiplica os embaraços (limitação dos contratos, formalismo vexatório, o direito estrito oposto à boa fé, limitação da taxa de juro, etc.).

"O legislador italiano compreendeu que o espírito da nossa época é favorável a uma certa independência na família, e a uma grande liberdade nas transações sociais; o pátrio poder foi moderado; a mulher tomou parte importante na economia do casal; a liberdade das transações foi consagrada." E continua o eminente mestre: "Não se pode, todavia, pôr em dúvida o valor da doutrina romana na elaboração do código de 1856.

"Os conceitos do dote, das sucessões, do domínio, da posse, das servidões, filiam-se diretamente às regras traçadas pelos jurisconsultos da Urbe.

"Com toda justiça cabia este lugar de honra à Itália na classificação dos códigos, segundo as suas afinidades."

GRÉCIA – "Jardim prodigioso que a natureza preparara para a floração suprema do gênio ariano", na frase de Martins Júnior,[22] a Grécia, não obstante a sua formidável superioridade intelectual sobre todos os povos que lhe ficavam em torno, nunca revelou grande tendência para a cultura do Direito. Os seus três mais notáveis legisladores – Licurgo, Drácon e Sólon – apareceram como os mais extraordinários homens do seu tempo, o que importa dizer que a ciência jurídica, em matéria de Direito Privado, andava tão retardada e tão vagarosamente, que as outras ciências tiveram de abandoná-la e deixá-la entregue aos seus próprios recursos.

---

21 Cit. – *Le mariage civil et le divorce* – pág. 19.

22 *Compêndio de História Geral do Direito* – VII, página 97.

Sem tendência acentuada para a cultura jurídica, os gregos, em regra, não conheciam outro Direito senão o que se continha nas leis escritas, qualquer que fosse a sua origem, e os decretos do povo e do Senado.

Não tinham, como em Roma, uma jurisprudência, uma classe permanente de juristas e organismos permanentes para as funções especializadas dos tribunais. Apenas o Senado do Areópago, composto de antigos arcontas, assumia a feição de instituição judiciária vitalícia e inamovível. Daqui a inexistência de um *direito consuetudinário*, que em Roma foi sempre o índice da predestinação do seu povo para a organização e aperfeiçoamento do Direito em geral.

Os costumes jurídicos na Grécia nunca chegaram, rigorosamente, a tomar o caráter de lei,[23] tanto assim que Licurgo, para imprimir autoridade às suas leis, andou pelo estrangeiro à procura de subsídios.

Drácon codificou a legislação tradicional, introduzindo-lhe, porém, um caráter de implacável severidade, para, por este meio, fazer cessar as lutas entre *eupátridas* e *tetas*.

Sólon, o grande eupátrida de Salamina, pela justa nomeada de suas virtudes e de seu saber, é a figura central da legislação grega anterior à dominação romana.

Uma ligeira vista sobre os seus trabalhos de legislador, quer no domínio do Direito Público, quer no do Direito Privado, revelará os traços fundamentais do Direito Ateniense.

Pôs termo às distinções de classes chamando todos os cidadãos a colaborarem no governo e criou os órgãos dos três poderes – legislativo, executivo e judiciário, dando-lhes organização e funções especiais.

---

23 "Para determinar quais eram em Atenas as fontes do Direito não é necessário remontar às prescrições religiosas e morais, a essas espécies de revelações primitivas que a lenda atribuía aos deuses e aos heróis; não temos que ocupar-nos nem de Ceres, nem de Triptolemo, a quem Porfírio apresenta como os primeiros legisladores de Atenas, nem do que se chamava as *Leis não escritas dos Eumúlpidas* ou as *Leis dos Buzignis*. Cecrops e Teseu não pertencem à história propriamente dita, como tampouco os estabelecimentos que lhes atribui a tradição e a erros dos lexicógrafos ou dos copistas se deve que figurem às vezes entre os legisladores atenienses Tales, Ésquilo e Carondas." Georges Perrot – *Droit Pub. de Athen.* Cap. II, – *Fontes de Direito* – pág. 132.

Passou depois ao Direito Privado, começando pela *família*, cujos caracteres mais salientes manteve. O patrimônio se transmitia aos filhos varões, dividindo-se com igualdade, e só no caso da inexistência de irmãos e de filhos de irmãos, era outorgada capacidade hereditária à irmã.

Introduziu o testamento, que até então não era admitido, e aperfeiçoou o que havia sobre dote, adoção, tutela; o pátrio poder mereceu cuidados especiais abrandando-lhe o rigor e restringindo muitos dos direitos que os romanos séculos depois ainda mantinham em sua legislação.

Conheciam os gregos várias espécies de contratos, como a compra e venda, o comodato, o mútuo, a locação, o mandato, a hipoteca, etc.

Praticavam eles um Direito assim desenvolvido, quando chegaram a Atenas os missionários de Roma, em busca de subsídios para a organização da *Lei das XII Tábuas*.[24]

Nos mil anos que decorreram desde a *Lei das XII Tábuas* até a organização dos monumentos jurídicos de Justiniano, o Direito na Grécia teve de ceder à influência romana, mesmo porque, como diz elegantemente Cândido de Oliveira – "*a Hélade dormiu, daí em diante, na paz dos povos que não têm mais história*" – e os povos que não têm história não têm também Direito. E foi exatamente Justiniano quem desfechou o golpe mortal na cultura jurídica helênica, mandando fechar, no ano seguinte ao em que subiu ao trono, a Universidade de Atenas, exatamente quando deu início aos seus trabalhos de codificação.

Daqui em diante, os desastres da Grécia foram os mesmos de Roma. Vítima de invasões, dominada por vários povos, caiu afinal, no poder otomano, do qual somente se libertou em 1829, com espanto do mundo inteiro, pela energia de seus filhos, que, sacudindo a tirania de uma escravidão de quatro séculos, reconquistaram a independência, com a generosa atuação da França, Inglaterra e Rússia, que formularam o protocolo firmado em Londres, em 3 de fevereiro de 1830, consagrando e assegurando essa independência, sob o governo de Óton da Baviera.

Com a queda, em 1860, da dinastia bávara, Jorge I, príncipe dinamarquês, assumiu o governo, em que se manteve até as transformações

24 Veja-se o Título VI do Livro Primeiro na parte destinada a embaixada à Grécia.

operadas no mapa do sul da Europa. Desde 25 de março de 1924 a Grécia é uma república constitucional.

O Direito Civil na Grécia foi sempre, desde a dominação romana, o Direito Romano, cujas raízes eram, de certo modo, provindas de legislação helênica, como vimos no estudo das *XII Tábuas.*

As *Novelas* de Justiniano e dos imperadores que o sucederam; as *Basílicas* e as *Novelas* do imperador Leão, *o filósofo*; o *Manual de Constantino Hermenópulo*, em seis livros, e os restos da codificação realizada por Triboniano constituíam o Direito Comum, mesmo depois da destruição do império greco-romano pelos turcos, em 1453, pois que os próprios dominadores consentiram em que os vencidos continuassem a ter os seus juízes e o seu Direito.

Nos tempos modernos, com o advento das duas dinastias, bávara e dinamarquesa, procuraram os governos pôr certa ordem na legislação.

Óton confiou a um ilustre jurisconsulto alemão – Maurer – a redação de várias leis orgânicas, tais como os Códigos Civil, Penal e do Processo Civil e Criminal.

Promulgados o Código Penal em 1833 e os de Processo em 1834, a codificação civil foi sendo retardada, chegando mesmo a frustrar-se completamente a tentativa para isso, não obstante os esforços de Maurer.

Em 1835 foi promulgado o Código do Comércio, voltando-se, daí em diante, à prática da velha legislação civil e ao sistema de reformas por meio de leis avulsas, tais como as do *registro civil*, do *penhor*, da *hipoteca*, das *falências*, etc.

Não é preciso acrescentar que toda essa legislação, cuja vitalidade vem desafiando a ação destruidora de tantos séculos, é, em sua maior parte, ou o próprio Direito Romano, ou calcada nos princípios cardeais que ele fixou como dogmas da ciência jurídica.

ROMÊNIA – Quando se fala na Romênia, a primeira sugestão que o pensamento experimenta é a da passagem de Trajano pela *Dácia*, cujos filhos escreveram as mais gloriosas páginas da história das resistências à dominação romana e os fatos, que aí se passaram, foram de tal relevância na história de Roma, que, no *Forum Trajani*, para admiração pública, foi levantada a célebre *columna*, em cujos relevos se recorda a expedição e as vitórias contra os *Dácios*.

Terra dos Cárpatos e do Danúbio, a Dácia ganhou e perdeu nomes através da sua evolução histórica – *Moldávia, Valáquia, Moldo-Valáquia, Romênia* –, mas nunca perdeu, ou abandonou, os traços fundamentais característicos da nacionalidade e da influência romana: a língua, a religião, os costumes, o Direito sofreram as conseqüências das tempestades políticas, mas, a civilização romana manteve-se em geral e apesar de tudo.

O século XIX levantou o espírito de vários povos; as idéias vencedoras na Revolução Francesa como que despertaram as nações adormecidas sob o guante da tirania dos déspotas e a Turquia teve de submeter-se às conseqüências da guerra dos Bálcãs, a última reação que transformou o principado em reino, sob a coroa de Carlos 1º, da casa de Hohenzollern.

O Direito Romano, modificado por alguns costumes locais e pelas necessidades impostas pela influência do Direito Canônico, foi sempre o Direito comum da Romênia.

Em 1817, a Valáquia promulgou o seu Código Civil, chamado vulgarmente *Código Caragea*, e, logo em seguida, a Moldávia, por sua vez, adotou o *Código Calimau*, os quais fundiram-se em um só, promulgado em 1864, seguindo-se o Código do Processo Civil, em 1865, – o comercial, em 1887, e as leis orgânicas. Tem também um Código Penal e do Processo Criminal.

O Código Civil, com 1.914 artigos, está calcado no Direito Romano, no Direito Canônico, no Código Napoleão e em diversos costumes tradicionais.

ESPANHA – Já vimos nos Títulos II, III e IV do Livro Segundo, a evolução do Direito na Península Ibérica, desde o *Breviarium Alaricianum* até a *Novíssima Recopilação* de 1805. Mas, com as *Sete Partidas* se pode dizer que os trabalhos legislativos cederam lugar às especulações científicas por meio da literatura jurídica dos chamados *legistas* e *canonistas*, o que quer dizer dos cultores do Direito Romano e do Direito Canônico.

Entre os mais notáveis romanistas da Espanha, até mesmo da Europa, foi figura de grande relevo o sábio Antônio Augustin, *vir nunquam laudatus satis*, na frase de Cujácio. Natural de Saragoça, aluno das Universidades de Alcalá, Salamanca e Bolonha, auditor da Rota Romana, legado do Papa, bispo de Lérida, arcebispo de Tarragona e a mais brilhante luz da Espanha – *magnum Hispaniae lumen* –, na linguagem dos romanis-

tas seus contemporâneos, a sua atuação no *Concilio Tridentino* foi a mais completa revelação do seu saber *in utroque jure*, de forma que suas obras se tornassem estimadas e de indisputável autoridade em todos os centros científicos da Europa, quer as de Direito Romano e Canônico, quer as de História e de Filologia.

Seguiram-se-lhe, na justa nomeada, Diego de Covarrubias y Leiva, catedrático de Direito Canônico em Salamanca, autor da obra em quatro livros – *Variarum ex pontificio, regio et caesareo jure resolutionum*, – Francisco Sarmiento de Mendoza, professor também em Salamanca, – Antonio Quintanadvenas y Villegas, – Antonio Pichardo, professor em Sevilha e Salamanca, – Juan da Altamira Velazquez, – Francisco de Amaya, – Melchior de Valencia, – Athanasio Oteyza y Olano, – Jerónimo de Oros, – José Fernando de Retes, – Juan Juárez de Mendoza, – Gregorio López, – Antonio Gómez, – Miguel de Molino, – Fontanella e tantos outros que ilustraram as sábias cátedras das Universidades de Alcalá, Salamanca, Sevilha, Valladolid e outras e publicaram numerosas obras de Direito Romano e Canônico, que fazem honra à literatura jurídica da Espanha.

No primeiro quartel do século XIX, a situação jurídica da Espanha era verdadeiramente intolerável. A velha legislação não podia absolutamente satisfazer as necessidades nacionais. Os *Forais*, que vigoravam em vários trechos do território peninsular, como em Biscaia, Navarra, Catalunha, vinham fragmentando o Direito e criavam aquela situação que Voltaire dizia existir na França de seu tempo – *o viajante em cada posto em que mudava de animais, mudava também de direito.*

Como conseqüência desta situação e para atender aos reclamos do desenvolvimento das relações jurídicas do reino, os governos promulgavam freqüentemente leis avulsas, que, em vez de resolverem as dificuldades, agravavam ainda mais a fragmentação do Direito.

Em meio de um tal estado de coisas, se alguma autoridade jurídica se mantinha enérgica e resistente, era o Direito Romano, que, como Direito supletório, dominava em todo o território nacional.

O exemplo da Áustria, da França, das Duas Sicílias, da Sardenha e outras nações que vinham coordenando e consolidando o seu Direito, principalmente civil, nos Códigos formulados depois da Revolução Francesa, não podia deixar de influir no aperfeiçoamento do Direito espanhol.

Em 1829 foi promulgado o *Código do Comércio*, em substituição das *Ordenações de Bilbao* e do *Consulado del Mar*, prosseguindo-se, depois, na regulamentação de vários institutos mercantis, como as sociedades anônimas, bancos de crédito, armazéns gerais e de depósito, etc.

Em 1856 entrou em execução o *Código do Processo Civil*, reformado várias vezes e melhorado por leis avulsas para torná-lo concordante com o Código Civil, promulgado em 1888, e do Comércio, refundido em 1889.

O Código do Processo tem a denominação de *Ley de Enjuiciamiento Civil*, mas aplica-se também a causas comerciais. Passa por ser uma das melhores organizações do seu gênero.

O Código Civil começou a ser formulado em 1851, vindo, através de todas as vicissitudes da Espanha, a organizar-se o seu projeto definitivo até 1888, quando a lei de 11 de maio, estabelecendo certas bases, autorizou ao governo a sua publicação, o que foi feito em 6 de outubro e, depois de várias correções, teve sua definitiva promulgação em 24 de julho de 1889. Está dividido em 1976 artigos.

O Código Civil Espanhol buscou subsídios em quatro fontes principais – no Direito Romano, largamente praticado na península ibérica desde a dominação romana, – nos usos e costumes locais, mantidos e melhorados, muitas vezes, pelos *Forais*, – no Direito Canônico, cuja autoridade se fez sentir fundamentalmente nas leis relativas à família, – e, finalmente, no Código Civil Francês, que foi, sem contestação, o grande mestre dos códigos do século XIX e, por assim dizer, o melhor vulgarizador do Direito Romano ensinado pelos glosadores e pós-glosadores, que, em suas linhas gerais, nele se condensou.

PORTUGAL – No Título II, deste Livro III, dedicamos algumas páginas ao estudo da formação e desenvolvimento do Direito português, passando em revista os principais elementos que contribuíram para isto, desde os *Forais* até o Código Civil português, a fim de mostrar como preponderou nessa formação e desenvolvimento a influência do Direito Romano.

Não obstante todas as invasões de que foi vítima a Península Ibérica e do estabelecimento, no território que constituía o velho Portugal, de núcleos de populações de raças diversas, a velha Lusitânia conservou

sempre, nos costumes e nas leis, os traços mais acentuados da civilização romana. É mesmo para salientar que a própria França, a Itália e a Espanha, posto que se considerem as mais legítimas representantes do espírito latino, não têm brasões mais nobres, nem títulos de melhor linhagem, para serem admirados através da história das grandes conquistas da inteligência e da heroicidade, do que a boa gente portuguesa.

Vejamos rapidamente a contribuição dos grandes jurisconsultos portugueses na formação da literatura jurídica inspirada no Direito Romano e isto bastará para demonstrar que o nosso asserto não é sem fundamento.

Deixando de parte todos aqueles nomes que estão indicados no Título seguinte, tais como os dos construtores das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, indiquemos apenas aqueles gloriosos nomes que figuraram com grande destaque, nos séculos XVI a XIX –: Álvaro *Valasco*, cujas obras – *Quoestionum Juris Emphyteutici* – e – *Consultationum et Decisionum, ac rerum judicatarum* – deram-lhe a nomeada do mais notável jurisconsulto português do século décimo sexto; – Francisco *Caldas* Pereira de Castro, comentarista notável, que entre muitas outras obras de subido valor, publicou – *Commentarius analyticus ad Legem – si Curatorem habens* –, preciosa dissertação sobre *restitutio in integrum* em Direito Romano e Português; – Antônio Mendes *Arouca*, preclaro romanista conhecedor meticuloso das *Pandectas*; – Francisco *Pinheiro*, que, no seu *Tractatus de Testamentis*, se revela o mais profundo conhecedor do direito das sucessões; – Manuel Alves *Pegas*, cujos – *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae* – atestam profundo saber; – Diogo *Guerreiro* Camacho de Aboim, um dos mais ilustres orfanologistas do século XVII; – Antônio *Vanguerve* Cabral, praxista reputadíssimo; – Manuel Gonçalves da *Silva*, o sucessor de *Pegas* em trabalhos de comentários às *Ordenações*; – Pascoal José de *Melo Freire*, o Papiniano português, que produziu três obras, de subido valor, sobre *Historia Juris Civilis Lusitani*, sobre Direito Criminal – *Institutionum Júris Criminalis* e sobre Direito Civil – *Institutionum Juris Civilis* –, últimos trabalhos de mérito escritos na língua latina e com a mais pura correção, sendo objeto dos comentários de Manuel de *Almeida e Souza*, conhecidos por – *Lobão – Notas a Melo*; – Antônio Joaquim *Gouveia Pinto*, que escreveu um excelente *Tratado de Testamentos*, obra clássica

no Brasil, onde teve duas edições; – Joaquim José Caetano *Pereira e Sousa,* processualista notável, autor do preciosíssimo livro – *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*; – José *Ferreira Borges*, o mais ilustre comercialista português, autor do projeto do Código do Comércio Português; – José *Pereira de Carvalho*, orfanologista de grande reputação; – Manuel *Borges Carneiro*, autor da magnífica obra *Direito Civil de Portugal*, em que a segurança da doutrina e a brevidade da exposição revelam um formoso espírito de jurista; - José Homem *Correia Teles*, um dos mais operosos jurisconsultos portugueses, cujas numerosas obras fizeram de seu nome, em Portugal e no Brasil, uma autoridade indiscutível, principalmente pelos dois magníficos livros – *Doutrina das Ações* e *Digesto Português*; – Manuel Antônio *Coelho da Rocha*, civilista de renome, autor das *Instituições de Direito Civil Português*, trabalho considerado como um dos melhores do gênero publicado no século XIX.

Esta relação podia ser triplicada, sem favor para a cultura jurídica de Portugal. Mas, os nomes indicados, do conhecimento e trato diário entre nós, pelo menos até a promulgação do nosso Código Civil, bastam para demonstrar a altura em que os nossos antepassados colocaram a ciência jurídica e como contribuíram para a sua vulgarização dentro e fora do país.

Ler qualquer dos trabalhos dos jurisconsultos citados, é compreender, desde logo, a profunda influência do Direito Romano sobre o espírito de tão fecundos cultores da nossa ciência.

Para exprimir, em síntese, qual foi essa influência, diremos que a *Lei da Boa Razão* (18 de agosto de 1769), procurando proscrever o Direito Romano, levou o país àquela situação de "*imenso vácuo no sistema*" para tornar como foi, "*a ser adotado nos Estatutos da Universidade de Coimbra*", na frase de Vilanova Portugal.

No título imediato verificar-se-á como essa influência se fez sentir nos grandes monumentos da legislação portuguesa codificada e como isto foi exatamente o segredo da resistência multissecular que essa legislação opôs a todas as campanhas para a reforma dos seus princípios fundamentais, principalmente àquelas que culminaram no governo de D. José I, pelos esforços demolidores do Marquês de Pombal.

Encerrado, assim, o grupo daquelas nações que, segundo Glasson, mais se aproximavam do Direito Romano, na organização definitiva

do seu Direito, passemos ao segundo grupo, isto é, ao daqueles povos que mesclaram o Direito Romano com outros elementos de formação.

FRANÇA – A França sempre se manteve, através de sua evolução social, principalmente depois que o gênio romano começou a expandir-se nas conquistas intelectuais, como uma nação singularmente destinada a recolher e aperfeiçoar os grandes e valiosos resultados da civilização latina.

Província romana, como parte da Gália (*cisalpina* e *transalpina*), dominada por César e dividida por Augusto em *Narbonesa*, *Aquitânia*, *Lionesa* e *Bélgica*, a França de hoje está situada em parte do território da *transalpina*, onde vários povos, especialmente gauleses, fundiram-se para formar a gloriosa nação, que, durante tantos séculos, vem contribuindo, tão eficazmente, para o progresso da humanidade.

Vimos como a França concorreu para a cultura do Direito com o ensino desta matéria na Universidade de Paris, que, desde o começo do século XIII, desenvolveu e aprofundou tão delicadamente, que chegou a rivalizar com a de Bolonha.

Outras universidades, sucessivamente criadas no seu território, foram desenvolvendo o ensino do Direito Romano e Canônico, chegando a época da chamada *escola francesa*, que teve de abrir luta com os velhos moldes do ensino e vencê-los, não obstante os seus opositores, que eram chamados *realistas*, empregarem vigorosos ataques contra a nova plêiade de juristas, discípulos de Alciato, adeptos da *jurisprudência elegante*, aos quais por desprezo, davam a denominação de *gramáticos* e de *humanistas*.

E foi tal a resistência que conseguiram oferecer aos novos métodos, que ainda nos meados do século XVI (1540 a 1575), as Universidades de Bourges, Orleans, Toulouse e outras contavam mestres eminentes, filiados à velha escola *realista*, tais como, entre outros, Boerius, Fernand, Forcatulus e Stella, que ensinavam *magistraliter et more italico*, sob a inspiração das obras de Bártolo.

À reação operada pela *escola francesa dos elegantes* se deve o argumento do raio de difusão e penetração do Direito Romano na Alemanha, Bélgica e Holanda, como mais tarde verificaremos, bastando assinalar que Alciato, Cujácio e Donelo, os três maiores jurisconsultos do século XVI, embora rivais os dois últimos, foram os elementos propulsores da cultura jurídica dogmática do século XVII, por intermédio de suas obras e de seus discípulos,

contando-se entre estes os notáveis *civilistas* franceses Loiseau, Ricard, Rinusson, Basnage e os eminentes *canonistas* De Marca, Doujat, Hauteserre e Thomassin, cujos nomes brilham na história dos intelectuais da França.[25]

O século XVIII caracterizou-se por uma acentuada decadência do Direito Romano e, mesmo, do Direito Canônico na França, decadência que se explica pelo fato do deslocamento do centro da cultura, não para determinado país, mas, contemporaneamente, para diversos centros, como a Itália, a Holanda e a Alemanha.

É certo que civilistas notáveis apareceram a este tempo e posto que conhecessem com perfeição a ciência de Ulpiano, todavia, rigorosamente, não podemos incluí-los na classe dos romanistas. Haja vista, por exemplo, Pothier, cujos tratados sobre *Contrat de Rente, du Louage, de la Vente, de Société, de Mariage* e a obra fundamental *Traité des Obligations*, forneceram preciosos subsídios à organização do Código Napoleão; – Jean Baptiste Furgole, que entre outras obras publicou um excelente *Traité des Testements*, de grande estima, mesmo fora da França; – e, finalmente, D'Aguesseau, reputado um dos espíritos mais elevados do seu século, notabilíssimo magistrado, fecundo jurisconsulto e, acima destes dois aspectos do seu gênio, sábio legislador, na frase de Rodière.

A Revolução francesa, que sacudiu, desde os alicerces, todo o edifício social da Europa e revolveu o solo de todos os países civilizados para a preparação de uma nova sementeira de idéias, trouxe à evidência muitos males sociais e revelou necessidades de ordens diversas, que se impunham à solução imediata.

A organização do Direito era uma destas necessidades. Mas, como o Direito não se conforma, nem se aperfeiçoa nas épocas de anormalidade política e administrativa, foi preciso que o advento do governo

---

25 Embora em departamentos laterais à influência romana, bom é não esquecer nomes de altíssimo relevo, como o de Montesquieu, autor de vários trabalhos de magnífico sabor literário e filosófico, entre os quais – *Les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* – e – *Esprit des Lois* – são obras que revelam conhecimentos perfeitos e trato constante das idéias de Roma; – Mably, autor das – *Observations sur les Grecs et les Romains* –, que mostra profundos conhecimentos do espírito dos dois povos –; Domat, cujo *Traité des Lois* é índice magistral do saber das leis, das instituições e dos costumes romanos, e tantos outros que assentavam as bases da educação jurídica nas boas letras das *Pandectas*.

de Napoleão Bonaparte, acalmando a tempestade das idéias, traduzisse em fatos a normalidade da situação, para que a idéia da codificação assumisse o caráter de irremovível objetivo para assegurar a ordem da vida nacional.

Costumam os historiadores do Direito francês designar pela denominação de *direito intermediário*[26] o que foi elaborado entre as datas de 17 de junho de 1789 e 21 de março de 1804, ou sejam quinze anos de trabalhos legislativos.

Posto que neste período renascesse a idéia da codificação das leis civis, aplicáveis a todo o país, e tal idéia tivesse sido consagrada na Constituição de 1791, todavia, o sistema de leis avulsas continuou a dominar os espíritos, até que Cambacérès apresentou à *Convenção* um projeto de Código Civil, cujo objetivo fundamental era banir o Direito Romano e Costumeiro, que os convencionais consideravam *bárbaros* e *corrompidos*. Lacunoso e atrasado, o projeto foi rejeitado; porém, Cambacérès insistiu ainda, com mais dois projetos – um, após a queda de Robespierre, e outro, já no fim do *Diretório*: ambos tiveram a mesma sorte do primeiro.[27]

Com o *Consulado*, estabelecida uma certa ordem na administração pública, a velha aspiração reaparece, sendo escolhidos os mais notáveis juristas da época para organizarem o *Anteprojeto*, que foi elaborado em quatro meses. A comissão nomeada compunha-se de quatro membros – Portalis, Bigot de Preameneau, Tronchet e Melleville.

Amplamente examinado e discutido na Corte de Cassação e perante os tribunais de 2ª instância, apresentado ao Conselho de Estado, ao

---

26 Planiol – *Traité Élémentaire de Droit Civil* – introd. – pág. 18.

27 Quando se estuda a influência da Revolução francesa sobre o espírito dos homens cultos da França nos fins do século XVIII e começos do século XIX, é bom não esquecer aqueles formidáveis livros de filosofia, que, a partir de 1781 até 1790, vinham de *Königsberg* dominando o pensamento científico universal. Desde que Immanuel Kant publicou a sua *Kritik der reinen theoretischen Vernunft* (*Crítica da Razão Pura*) e, quatro anos depois (1785), o formoso livro – *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten* – (*Princípios metafísicos dos costumes*), os juristas começaram a experimentar a influência das idéias criticistas, procurando libertar-se da concepção dos seus antecessores, para fixar a fórmula que define o Direito – "a coação universal que protege a liberdade de todos" – (Veja-se o nosso trabalho – "Kant e o Direito" – no livro comemorativo do bicentenário de Kant – págs. 29 e seguintes).

Cônsul, ao Tribunal e ao Poder Legislativo, teriam sido baldados todos os esforços dos organizadores do grande monumento se uma hábil manobra política de Cambacérès não o tivesse salvo da irremediável repulsa da representação nacional.

Dividido o trabalho em 36 leis e discutidas e aprovadas cada uma de per si, foram, depois, reunidas, em um só corpo, sob a denominação de *Código Civil dos Franceses*, e promulgado pela lei de 31 de março de 1804 (30 – Ventoso – ano XII).

Contém este Código[28] 2.281 artigos, que começam pelas regras sobre *publicação, efeitos e aplicação das leis*, e terminam com os princípios sobre *prescrição*. Está dividido em 3 *livros*, – o 1º *livro*, subdividido em 11 *títulos*, tem por objeto *as pessoas*, – o 2º *livro*, subdividido em 4 *títulos*, trata dos *bens e das diferentes modificações da propriedade*, – o 3º *livro* contém 20 *títulos* e versa sobre *modos de adquirir a propriedade*.

Estudado sob um ponto de vista geral, o Código Civil francês é um trabalho de altíssimo valor científico e de uma técnica perfeita. Inspirado na sua maior parte no Direito Romano Imperial, cuja ascendência em toda a Europa e, por maioria de razão, sobre os povos latinos é um fato que se reconhece a cada passo no estudo das legislações dos povos que tiveram contato imediato com os civilizadores do *Latium*, inspirado nesse Direito, repetimos, o Código Civil traduziu em dispositivos modelares uma perfeita coordenação de idéias jurídicas, conseguindo harmonizar a velha legislação costumeira, as reformas de Colbert, d'Aguesseau e do próprio período instável da revolução, a doutrina dos mestres consagrados e educados à sombra das *Pandectas*, tais como Domat, Pothier e os seus discípulos Merlin e Toulier.

Foi exatamente esta coordenação de princípios e a preponderância do Direito Romano na regulamentação dos vários institutos do Código

---

28 O nome dado ao *Código* tem variado. Começou como *Código Civil dos Franceses*, segundo a lei de sua promulgação (31 de março de 1804); – em 1807 passou a *Código Napoleão* (lei de 3 de setembro); – em 1814 voltou à primitiva denominação, confirmada em 1830; – em 1852 (decreto de 27 de março) deu-se-lhe novamente a denominação de *Código Napoleão*, que é a que definitivamente lhe cabe. Não obstante ser este último o seu nome *oficial*, na linguagem dos juristas franceses e das autoridades, a partir de 1870, é designado somente como *Código Civil*.

Civil, que, depois de sua promulgação, se operou em toda a Europa latina um salutar labor na confecção dos vários códigos e, mais tarde, nos das repúblicas ibero-americanas.

Entretanto, convém não esquecer que a atividade organizadora do Direito francês não ficou limitada ao Código Civil; outros foram promulgados, a saber – *Código do Processo Civil*, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1808, – *Código do Comércio*, na mesma data do precedente, – *Código do Processo Criminal* –, em 27 de novembro de 1808 –, e *Código Penal*, em 22 de fevereiro de 1810.

Apesar de assim organizado todo o Direito francês, formulado em leis claras e precisas, nem por isso o Direito Romano foi banido; ao contrário, continuou a exercer a sua benfazeja influência, quer na legislação nova, quer na interpretação dos juízes, na jurisprudência dos tribunais e nas sábias cátedras dos mestres.

Não é necessário fazer escavações profundas na seara abundantíssima da literatura jurídica da França para descobrir as raízes do Direito Romano. Basta lembrar que, não obstante a completa nacionalização do seu Direito, a plêiade de romanistas franceses cresce dia a dia e se afirma em preciosos livros da nossa ciência.

Basta lembrar alguns nomes para verificar que não é gratuito o nosso asserto.

São nomes que, entre outros, se impõem à nossa admiração os de Jourdan, falecido em 1826, – Berriat-Saint-Prix, em 1845, – Blondeau, em 1854, – Benech, em 1855, – Bonjean, em 1871, – Pellat, em 1871, – Ortolan, em 1873, – Gide, em 1880, – Giraud, em 1881, – e tantos outros como Lagrange, Demangeat, Fresquet, Garsonnet, Girard, Bry, May, Cuq, Rambaud, Petit, Boucaud e tantos outros que honram a cultura jurídica da França,[29] cultura que se pode afirmar, sem temer contestação, é genuinamente romana.

BÉLGICA – O povo belga é um precipitado resultante de dois ramos étnicos, um, dos celtas – os *Valões*, outro, dos Germanos – os *Fla-*

29 Sobre o Direito vigente nas Colônias e Possessões da Argélia, Tunísia, ilha de Reunião, Senegal, Guadalupe, Martinica, Guiana, São Pedro, Miquelon, Nova Caledônia, Estabelecimentos da Oceania e da Índia, Conchinchina e Madagascar – veja-se Cândido de Oliveira – cit. *Leg. Comp.* – págs. 464 a 469.

mengos, os quais fundiram-se em um tipo que se distingue, por caracteres acentuados e inconfundíveis, como o tipo do homem laborioso, pacífico e progressista.

Objeto da dominação de vários outros Estados, passando sucessivamente da Alemanha à Espanha, à Áustria, à França, até chegar, com a Holanda, a Reino dos Países Baixos, a Bélgica conseguiu realizar a antiga aspiração de seu povo, proclamando a sua independência e elegando seu rei o Príncipe Leopoldo I, da casa de Saxe-Coburgo, cujos domínios abrangiam os territórios das províncias de Anvers, Brabante, Flandres oriental e ocidental, Hainaut, Liège, Limburgo, Luxemburgo e Namur.

Desde a sua incorporação a Roma, em virtude da tomada de Alesia por César, até os nossos dias, a Bélgica tem-se conservado fiel à civilização jurídico-romana, não obstante as mutações de governantes que se têm operado no seu território.

Depois do aparecimento da chamada *jurisprudência elegante*, tornou-se ela um grande centro de cultores do Direito Romano, cujos representantes ganharam nomeada em toda Europa.

A Universidade de Louvain foi nos séculos XVI e XVII um viveiro de eminentes romanistas, tais como Muyden, Hoppers, Eclen, João Tack, comumente chamado *Ramus*, Pedro Peck, Wames, Pedro Van der Na, Elberto Leonino, Pedro Gaudelin, Henrique Zoes, e o espanhol Antonio Pérez, um dos mais notáveis mestres da célebre universidade e estimado comentador da *Pandectas*.

Fora da universidade brilharam outros romanistas, como Wigle Zwichem, célebre editor das *Paráfrases* de Teófilo, Agilaeus, Van Giffen, que era conhecido pelo tratamento de *Cujácio alemão*, Paulo Maarle, Sibrand Sicuma e outros.

Nos tempos modernos podemos lembrar os nomes de Maurissens, Molitor, Dupont, Haus, Maynz, Namur, Van Wetter, dos quais os três últimos são mestres de larga nomeada e do conhecimento de todos os cultores do Direito Romano no Brasil, inclusive alunos dos nossos cursos superiores.

Como se vê, na Bélgica a nossa ciência tem sido profundamente estudada e, por isto, tem contribuído largamente para a formação do Direito Privado nacional.

É certo que a Bélgica vive, há muitos anos, sob o império dos Códigos franceses do Comércio, do Processo Civil e do Processo Criminal. Mas, tem reagido contra este predomínio, no intuito de formar um corpo de legislação própria. Assim, o Código Penal francês vigorou até 1867 e, daí em diante, remodelado por meio de uma revisão geral, com adaptação de leis avulsas, aparece como uma lei nova.

O Código Civil, porém, oferece maior resitência e só em 1879 foi encarregado o professor Francisco Laurent de redigir um *Anteprojeto*, missão de que se desempenhou brilhantemente, produzindo seis fortes volumes, que foram entregues ao poder legislativo, a cuja apreciação se deve a grande demora na elaboração definitiva do monumento.

Embora ainda sob o império do Código Napoleão, a Bélgica vem realizando a reforma da legislação civil sem certo espírito de unidade, como seria para desejar, mas, com segurança e firmeza, conservando quanto possível a tradição românica e acompanhando de perto a evolução jurídica da Europa.

Como o Código Napoleão tem raízes profundas na organização social e econômica, o processo da *diástole jurídica* em torno desse monumento vem se operando pela substituição das leis que constituem aquele Código, as quais, por este sistema de adaptação, vão realizando prudentemente as reformas reclamadas pela opinião pública.

Para bem compreender quais as reformas introduzidas no Código Napoleão por este meio, atenda-se à consolidação organizada pelo professor Jean Servais, juiz de paz, que a cada uma das 36 leis do referido Código junta as regras da legislação nova, dando, assim, ao velho Código a feição de legislação moderna e vigente.

O Direito belga é, pois, um daqueles que, na Europa, mais se aproximam da fonte comum – o Direito Romano –, cuja autoridade sempre foi acatada e obedecida pelos povos de acentuada civilização jurídica.

HOLANDA – A Holanda tem a sua história política em comum com a da Bélgica, pois, na evolução que atravessaram, viveram muitos séculos sob o jugo dos mesmos senhores, desde a dominação de César, Carlos Magno, Duque de Borgonha, Filipe II de Espanha, até a anexação ao império de Nápoles, cuja estrela sumiu-se no horizonte para dar lugar, na

frase de Cândido de Oliveira,[30] à batalha de Leipzig, que foi a aurora de redenção para esse povo oprimido.

Sob o poder dos romanos, o Direito que aí vigorava era o das *leis imperiais*, às quais se seguiram a *Lei Sálica*, as *Capitulares* e várias *leis canônicas, feudais, militares* e *francesas*, conforme se sucediam os dominadores.

Mas, não obstante a multiplicidade de leis, o Direito Romano nunca perdeu o seu prestígio e supremacia.

Com efeito, como cultora e vulgarizadora da nossa ciência, a Holanda desempenhou papel de extraordinário relevo, principalmente nos séculos XVII e XVIII, em que os seus jurisconsultos mantiveram uma situação de inconfundível destaque na dianteira dos estudos da jurisprudência romana em toda a Europa.

Para demonstrar a exatidão do nosso asserto, bastará lembrar os nomes daqueles luminares da ciência, que foram – *Arnoldo Vinnio, Wissembach, Huber, Voet, Noodt, Schultingh, Brenkmann, Wertenberg, G. Arnaud, van Bynkershoek, Wieling, Duker, Branchu, Voorda, Reitz, Noordkerk, Meerman, Arntzn, Roever, Cannegieter*[31] e, no século passado, *Cuperus, Smallenburg, A. den Tex, Gratama* e *Holtius*, que mantiveram o renome da gloriosa *escola holandesa.*

Não podemos deixar passar sem uma referência especial o nome de *Grotius* (Hugo van Groot), o jurisconsulto de maior renome do século XVII. Nasceu em 1583 e faleceu em 1645. A sua glória se fez, não como filósofo, como canonista, como romanista, como civilista, em que desempenhou papel brilhante, mas, por ter provocado a atenção dos juristas para o *Direito Internacional,* cuja existência apenas vagamente se percebia nas relações privadas, através das doutrinas, de Dumoulin e de D'Argentré, formuladas no século XVI sobre *estatuto real* e *pessoal.*

---

30 *Op. e loc. cit.* – pág. 533.

31 Rivier – *Introd. hist. – au Droit Romain* – pág. 505 – referindo-se a Voet, Noodt, Binkevshosk, – diz que serão em todas as partes e em todos os tempos colocados no primeiro plano dos maiores jurisconsultos, acrescentando que Huber, Wertenberg, Wissembach, Vinnio, Schultingh, Wieling, Reitz e Meerman serão sempre citados com respeito, com reconhecimento e com admiração.

Grotius, procurando no Direito Romano e no Direito Canônico os princípios de justiça aplicáveis às nações e aos soberanos, compôs o seu tratado – *De jure belli ac pacis* –,[32] obra que conquistou a maior celebridade e deu ao seu autor a dupla paternidade – da escola do *Direito Natural* e da do *Direito das Gentes*, em uma justa coordenação científica.[33]

Deve-se-lhe, pois, assinalado serviço à cultura jurídica holandesa e como gênio criador vem recebendo da posteridade as mais expressivas homenagens de admiração.

Embora sempre inspirada nos monumentos da legislação romana e na dos povos que melhor a têm assimilado, a Holanda possui atualmente o seu Direito próprio, cuja organização em códigos teve começo exatamente quando sobre ela se estendeu a dominação napoleônica por intermédio do *príncipe* Luís Napoleão, irmão da *Águia de Marengo*.

Adotada como legislação vigente a que dominava em França, com repúdio dos Códigos Criminal e Civil já organizados em 1809 e calcados na referida legislação, a Holanda manteve em vigor os cinco Códigos franceses – Penal, Comercial, Civil e os do Processo Civil e Instrução Criminal, os quais conservaram sua autoridade até 1838 com exceção do Penal, que foi até 1881.

Elaborados e promulgados novos *Códigos Civil, Comercial* e *Processual*, em execução desde 10 de abril de 1838, e *Penal* desde 1° de setembro de 1886, muitas reformas têm sido levadas a efeito no corpo de legislação, em geral, sendo que, no que se refere ao Código Civil, as modificações estão precisamente consignadas na sua melhor tradução francesa, a do Dr. P. H. Haanebrink.

O Direito vigente, na Holanda, é, e nem podia deixar de ser, dados os antecedentes que assinalamos, um exemplo vivo da influência dominadora do Direito Romano, contra a qual, nem a diversidade de *raça*, nem as circunstâncias do *tempo*, nem, mesmo, a diferença de *meio*, puderam remover ou embaraçar.

---

32 Vid. Cons.° Lafaiete – *Princípios de Direito Internacional* – 1° vol. § 10.

33 J. Jitta – *Método de Direito Internacional Privado* – ed. Prida – § 6°, págs. 73 e seguintes.

ALEMANHA – Nenhuma nação, nem mesmo a Itália, tem contribuído com maiores, nem melhores subsídios para o conhecimento profundo e sistemático do Direito Romano do que a douta Alemanha.

Nação fecundíssima que tem dado à humanidade os mais elevados espíritos e as mais arrojadas conquistas do saber, a Alemanha, com os seus filósofos, que são dos maiores filósofos do mundo, com os seus cientistas, que são os mais esforçados criadores do patrimônio intelectual do nosso tempo, com os seus literatos, com os seus poetas, com os seus musicistas, com os seus artistas que traduzem nas palavras, nos sons e nas cores todas as belezas do pensamento, a Alemanha não podia deixar de ser, como é, uma das nações da mais vasta cultura jurídica e, no que diz respeito ao Direito Romano, nenhuma outra poderá tomar-lhe a dianteira.[34]

Com efeito, desde as invasões bárbaras na Itália, na Ibéria e nas Gálias, ostrogodos, visigodos e borgúndios, ramos da grande árvore germânica, começaram a inteligente assimilação do Direito Romano, revelando no *Edito de Teodorico*, no *Breviário de Alarico* e na *Lei Borgúndia* a impressão que estes monumentos lhes haviam causado e essa assimilação se operou com tal vigor, que, dentro de um certo tempo, os rudimentos

---

34 Como sobre estas páginas passarão as vistas de alguns amigos que temos na Alemnaha, digamos isto na língua de Kant –, em que melhor nos entenderão e verificarão qual o conceito que formamos da sábia nação de juristas.
Kein Volk der Welt, selbst Italien nicht, hat zur tiefen und sachlichen Erforschung des Roemischen Rechtes mehr beigetragen als die Rechtsgelehrten Deutschlands. Diesem so ueberaus fruchtbaren Lande verdankt die Menschheit die erhabensten Geister und die kuehnsten Eroberungen auf dem Gebiete des Wissens.
Deutschland – mit seinen zu den bedeutendsten der Welt zaehlenden Philosophen, mit seinem Gelehrten, die an erster Stelie stehen in der Erwerbung des intellektuellen Hab und Gutes unserer Zeit, mit seinen Denkern, Dichtern, Musikern und Kuenstlern, die in Worten, Toenen und Farben alle Schoenheiten der Gedanken verwirklichen – dieses Deutschland gehoert auch zu den groessten aller Voelker auf dem Gebiete der Rechtslehre und keine andere Nation wird ihm je den Rang streitig machen koennen, was das Studium des Roemischen Rechtes anbetrifft.
Was ich persoenlich seinen grossen Meistern, den hervorragendsten Juristen des vergangenen Jahrhunderts schulde, namentlich von Jhering und Savigny, kann ich nur durch mein auffrichtiges Gefuehl des Dankes und der Bewunderung vergelten welches ich dem Vaterlande soch beruehmter und gelehrter Romanisten entgegenbringe.

do Direito germânico tiveram de experimentar a supremacia daqueles monumentos.[35]

Deixando de parte o que se refere ao Direito local e ao que se foi formando ao tempo do *Sacro Império Romano do Ocidente*, assinalemos os progressos do Direito Romano na Alemanha a partir do século XVI, que foi exatamente a época em que começaram a aparecer os mais notáveis romanistas da Europa, cujos trabalhos vulgarizaram-se devido aos aperfeiçoamentos introduzidos nos aparelhos da imprensa.

Foram jurisconsultos de vantajosa reputação, no século XVI – *Zastus* (Ulric Zasi), admirado por Savigny, – *Haloander* (Gregório Meltzer), autor das célebres edições dos monumentos de Justiniano geralmente conhecidos pela denominação de *Noricas*, – *Sichardt*, que publicou pela primeira vez o *Breviarium Alaricianum* –, *Fichard*, – *Mynsinger*, – *Loewenklau*, – *Rittershusius* (Rittershaus), – *Freher*, – *Vultejus*, – *Bachovius Echtius* (Bachoff von Echt); – nos séculos XVII e XVIII – *Carpzow*, – *Brumer*, – *Lauterbach*, – *Leibnitz*, – *Heineccius* (Heinecke), – *Schubart*, – *Stryck*, – *Reinold*, – *Woechtler*, – *Brumquell*, – *Conradi* (Francisco e João), – *Boehmer* (Justo e Jorge), – *Leyser*, – *Otto*, – *Bach*, – *Gebauer*, – *Ritter*, – *Hellfeld*, – *Hoepfuer* e *Weiss*, professor de Savigny.

No século XIX, devido, muito provavelmente à descoberta de vários manuscritos célebres, como as *Institutas de Gaio*, a *República de Cícero*, os *Fragmenta Vaticana*, excertos das obras de *Símaco*, de *Lídio*, de *Alicarnasso*, foi novamente despertado o gosto para estudos de Direito Romano e à Alemanha coube a iniciativa dos mais árduos trabalhos em tal direção.

Deve-se a *Frederico Carlos de Savigny*[36] o ter provocado a célebre disputa de que resultou a chamada *escola histórica*, em cujo seio, em

---

35 Veja-se – Liv. Segundo – Tít. II e neste Livro o Título III.

36 Friedrich Karl von Savigny nasceu em 21 de fevereiro de 1779 na cidade de Frankfurt. Órfão de pai e mãe antes da puberdade, foi educado pelo tutor e amigo de seu pai – Neurath –. Estudou Direito em Marburg, Goetting, Jena e Leipzig, ocupando em 1880, com 21 anos, a cadeira de professor na primeira destas universidades, passando depois para as de Landshut e Berlim. Publicou várias obras, tais como *Systhem des heutingen Römischen Rechts* (*Sistema do Direito Romano hodierno*), que é a sua obra fundamental, – *Geschichte des Römischen Rechts in Mittelalter* (*História do Direito Romano na Idade Média*), – *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung* (*Da vocação do*

torno do grande mestre, se agruparam os mais ilustres romanistas do seu tempo.

Gustavo Hugo, o organizador da *escola*, *Haubold*, – *Cramer*, – *Maurício* e *Alberto Kriegel*, – *Closius*, *Schrader*, – *Biener*, – *Gustavo* e *Ernesto Heimbach*, – *Dirksen*, – *Boecking*, – *Rudorff*, – *Bluhme*, – *Bethmann Hollweg*, – *Walter*, – *Weber*, – *Hufeland Glücck*, foram sectários de Savigny.

A *escola filosófica* teve por chefe *Tibaut*, o eminente professor da Universidade de Heidelberg, discípulo de *Immanuel Kant* e cuja influência se fez sentir em um largo círculo de admiradores e sectários, tais como *Vangerow*, um dos mais reputados professores de Direito da Alemanha, *Gans*, o notável cultor da filosofia de Hegel e seu aplicador ao estudo do Direito e muitos outros.

As duas *escolas* tendiam, porém, a uma harmonia, dando-se a doutrina de cada uma o que, na realidade, lhe pertencia na coordenação da verdade científica e dessa harmonia de vistas provieram mestres de marcada reputação, como foram – *Wenck*, *Hasse*, *Zimmern*, *F. Mackeldey*, geralmente citado pelos nossos melhores civilistas, *Goeschen*, *Unterholzner*, *Mühlenbruch*, *Puchta*, sucessor de Savigny na Universidade de Berlim, – *Heise*, *Seuffert*, *Keller*, *Marezoll*, *Arndts*, que publicou uma grande obra sobre as *Pandectas* e foram traduzidas para a língua italiana por Serafini, – *Heffer Zacharie*, *Windscheid*, *Roeder*, *Stahl*, *Sohm*, *Rruns*, *Teodoro Momsen*[37]

nosso século para a legislação) e muitos outros como *Recht des Besitz* (*Direito de Posse*), que criou uma doutrina de enorme repercussão em todos os meios cultos de juristas. Faleceu o grande romanista em 25 de outubro de 1861, deixando imortalizado o seu nome pela opulência do seu saber.

37 Teodoro Mommsen não era rigorosamente alemão, pois nasceu, de pais dinamarqueses, em Slesvig, em 30 de novembro de 1817 e faleceu em 2 de novembro de 1903, portanto, com 86 anos de idade. Foi um dos mais formosos espíritos do século passado, tendo conseguido renome universal, quer como historiador e romanista, quer como filólogo e poliglota. Suas obras mais estimadas estão traduzidas em diversas línguas e contam várias edições.
Entre elas merecem referência especial *Staatsrechts* (*Direito Público*), *Römischen Geschichte* (*História Romana*), *Das Römische Strafrecht* (*Direito Penal Romano*) e as edições do *Digesto* (a última – 13ª – de 1920), que são as mais perfeitas que têm sido publicadas. Mommsen era membro correspondente da *Academia Brasileira de Letras*.

e, finalmente, *Rudolf von Jehring,*[38] o mais fecundo jurista filósofo do século XIX.

Com romanistas do valor dos que acabamos de indicar e outros muitos que deram à nossa ciência todo o vigor da inteligência e a mais vasta e profunda cultura histórica e filosófica, não será para estranhar a autoridade que exerceu, e ainda exerce, na douta Alemanha, o Direito Romano, explicado nas obras de tão ilustres mestres. E para mostrar como o Direito Romano ganhou tal ascendente, não resistimos ao prazer de transcrever alguns períodos do *Sistema* de Savigny, que bem revelam a importância a que atingiu em uma nação de juristas e sábios[39] um Direito estranho e organizado para um povo que já não existia. Diz Savigny:

"O Direito Romano atual, já definido, tem uma grande analogia com o direito comum alemão. Este direito se refere à constituição política da Alemanha, cujas diversas partes estavam reunidas sob o domínio imperial e cada Estado obedecia a um poder duplo, sob cuja influência se desenvolvia um duplo direito positivo: o direito territorial e o *direito comum.*

"Muitos autores têm pretendido que depois da dissolução do Império, o direito comum havia desaparecido com a autoridade que lhe servia

---

38 Rudolf von Jehring nasceu em Aurich, Hannover, em 22 de agosto de 1818, e faleceu em 17 de setembro de 1892. Discípulo de Savigny e de Stahl, começou a vida como Livre Docente (*Privat Docent*) de Direito Romano na Universidade de Berlim, passando depois a professor desta matéria em Basiléia, Rostock, Kiel, Giessen e Goetting, onde escreveu as suas monumentais obras de Direito Romano, ao qual, como disse um seu tradutor, "*transfundiu sangue nas veias, fazendo-o voltar à vida e infundindo-lhe uma alma*". – Quase todas as suas obras estão traduzidas em francês, inglês, italiano, espanhol, russo e algumas em português e japonês. A sua obra inicial foi escrita em latim – *De Hereditate Possidente* – (tese de concurso), seguindo-se, em alemão, – *Abhandlungen aus den Römischen Recht* – (*Dissertações de Direito Romano*), – *Civlrechisfälle okne Entscheidungen* – (*Questões de Direito Civil sem solução*), – *Jurisprudenz im täglichen Leben* – (*Jurisprudência dą vida diária*) –, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrechet* – (A *Culpa em Direito Romano Privado*), – *Geist des Römischen Rechts,* (*Espírito do Direito Romano*), – *Der Besitzwille* (*A Vontade na Posse*), – *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (*Gracejo e seriedade na Jurisprudência*), – e outros. Sobre Savigny e Jhering veja-se – *Psicologia Jurídica dos Romanos* – conferência que realizamos em Buenos Aires e vem publicada na *Revista da Universidade do Rio de Janeiro* – tomo – 1 – 1929 –, págs. 157 a 180.

39 *System,* § II, vol. I.

de base; porém, esta opinião, que é conseqüência de idéias errôneas sobre a natureza do direito positivo, não tem tido a menor influência na prática.* Esse direito comum não é outra coisa senão o Direito Romano atual, considerado em sua aplicação particular na Alemanha, isto é, com as modificações que, contidas nas leis do império, são de pouca importância, pois, os grandes desvios do antigo Direito Romano, por exemplo, a autoridade reconhecida a todos os contratos independentes da *stipulatio*, os efeitos atribuídos à *bona fides* etc., etc., nada têm de especial na Alemanha e foram geralmente adotados à medida que o Direito Romano se propagou na Europa."

E termina com estas palavras: – "*Assim, pois, esta obra que trata do Direito Romano atual, podia, com algumas adições, oferecer-se como o direito comum da Alemanha*".

Não é preciso dizer mais: o monumental *Systhem des heutingen Römischen Rechts*, do sábio mestre, com algumas adições, constituía, em seu tempo e segundo o seu próprio parecer, o direito comum da Alemanha e isto basta para constatar a que estado de cultura jurídico-romana havia chegado a sábia nação, na primeira metade do século XIX, cultura que, afinal, se revelou nos trabalhos da codificação do Direito Privado, não como resultante de ato legislativo, nem do uso e aplicação pelo povo, mas, segundo disse *Windscheid,*[40] como "*prática dos juristas, que fizeram desse direito seu guia e conselheiro*".[41]

SUÍÇA – A Suíça é um Estado que, a asemelhança de Roma, se constituiu pela fusão de três nações diferentes – *alamanos, borgúndios*

---

* Partem do princípio errôneo de que, quando sucumbe um poder político, todas as instituições, que se haviam desenvolvido sob uma influência, perecem também necessariamente. Assim se diz que depois da queda do Império do Ocidente, a conquista dos bárbaros devia aniquilar o Direito Romano e que efetivamente aniquilou. Porém, esta opinião muito dificilmente encontraria hoje partidários que a adotassem. – Nota do Autor.

40 *Lehrbuch des Pandechtken Rechts* – Cons.º Cândido de Oliveira – cit. *Leg. Comp.* – Liç. 37ª.

41 Relativamente à codificação, veja-se o Título III deste Livro, onde estudamos a formação do Direito Germânico e a organização dos seus monumentos legislativos até o Código Civil, que, sem favor, é considerado a mais notável sístole jurídica do século XIX.

e *francos*, que, coordenando os seus interesses econômicos e territoriais, chegaram a formar uma confederação política, cuja solidariedade vem resistindo a todas as transformações operadas na Europa e servindo de modelo a todos os povos que queiram fazer da liberdade, da democracia e da moralidade administrativa os fundamentos de uma perfeita organização política.

Desde a liga de Rutli, formada pelos três grandes patriotas – *Furst*, *Melchtal* e *Staufacher*, – que, no começo do século XIV, puseram termo à tirania da Áustria, a Suíça vem mantendo a sua independência e formando o seu território pela incorporação voluntária de porções que atualmente se elevam ao número de 25 cantões, com uma população de quatro milhões de habitantes.

A sua legislação privada está definitivamente formada de acordo com os elementos costumeiros e do Direito Romano, que se incorporou às legislações cantonais.

Desde o começo do século XIX, assegurada aos cantões a faculdade de legislar livremente sobre materiais de direito privado, um laborioso movimento de codificação civil se manifestou em todo o país e a partir do cantão de Vaud, em 1819, todos os outros, com exceção apenas de *Appenzell*, *Basiléia – Cidade*, *S. Gall*, *Schwitz*, *Unterwalden* e *Uri*, organizaram seus Códigos Civis, sendo – *Berna* em 1825, – *Tessino* em 1837, – *Lucerna* em 1839, – *Soleure* em 1847, – *Friburgo* em 1849, – *Argovia*, *Neufchatel* e *Valais* em 1855, – *Rhodes-exterior* em 1860, – *Grisões* em 1862, – *Schaffusa* em 1863, – *Glaris* em 1874 e *Zug* em 1876.

Dos Códigos cantonais, porém, o mais importante foi o de *Zurique*, trabalho notável de redação e comentário de *Bluntschli*, vazado em pura ciência jurídica e com abundantes subsídios do Direito Romano.

Entretanto, não obstante a diversidade dos elementos raciais das populações componentes da confederação, a unidade da legislação civil codificada já constituía aspiração nacional, como se vê do art. 48 da Constituição helvética de 12 de abril de 1798 e do artigo 64 da Reforma Constitucional de 1872, mas, só em 14 de junho de 1881 começaram os efeitos da unificação em *matéria de obrigações*, com a promulgação do *Código Federal Suíço das Obrigações*, regulando o assunto, quer em

Direito Civil, quer em Direito Comercial, a partir de 1º de janeiro de 1883.

A sua fonte principal foi o Projeto do Código de Dresde de 1866, que, por sua vez, também, serviu ao *Bürgeliches Gesetzbuch*.

O Código das Obrigações foi, mais tarde, modificado para ser incorporado ao Código Civil, como complemento deste, e contém, atualmente, 880 artigos, escritos em três línguas – alemã, francesa e italiana.

O Código Civil suíço teve o seu projeto elaborado pelo insigne professor da Universidade de Berna Eugéne Huber, autor da obra monumental *System des schweizerischen Privatrechts*, que se desempenhou da missão brilhantemente.

Depois de revisto o projeto por uma comissão de competentes especialistas, foi submetido à discussão parlamentar e unanimemente aprovado em 10 de dezembro de 1907, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1912. Tem 977 artigos escritos nas três línguas – alemã, francesa e italiana; tem um *título preliminar*, *quatro livros* (direito das pessoas, direitos de família, direitos das sucessões e direitos reais) e um título final.

Não obstante ser um dos mais modernos Códigos Civis, pois, apenas os do Brasil, da Turquia e da China são mais recentes, o Código Civil suíço seguiu em grande parte a corrente jurídica romana, não só nos princípios que diretamente formulou, como também nos que adotou do direito comum e singular dominantes nos Códigos Cantonais e na legislação de outros povos.[42]

Os dois Códigos suíços (Civil e das Obrigações), formam hoje um só corpo de Direito Privado, que se distingue pela sistematização lógica dos institutos que lhe fornecem objeto às disposições, podendo servir, como já serviu para a Turquia, de magnífico manancial de fórmulas jurídicas para a expressão do pensamento científico dos legisladores, quase sempre sob a inspiração das fecundas concepções romanas.

ÁUSTRIA – A Áustria formou-se, durante muitos séculos, pela união de vários povos, que se foram localizando em territórios vizinhos,

---

42 Para bem compreender este nosso asserto, veja-se a edição deste Código publicada pelo professor da Universidade de Berna Virgile Rossel.

tais como os eslavos, os magiares, os alemães e descendentes de latinos e semíticos, os quais, sem nenhum laço forte de coesão, tinham de, fatalmente, romper a solidariedade por causa da imensa dificuldade de assimilação rápida entre povos assim tão diversos.

Tal união, efêmera por sua natureza íntima, mas que, ao tempo de *Cisleitânia*, se apresentava sob a divisa – AUSTRIA EST IMPERARE ORBI UNIVERSO –, teve, todavia, assinalada importância para a vida política da Europa, pois, a dinastia dos *Habsburgos*, fundada em 1272 com o *Sacro Império do Ocidente*, tornou-se a fornecedora de numerosos príncipes para a constituição de muitas das famílias reinantes do velho Continente. Por isto, se a Áustria não dominou a Europa, como desejavam os seus monarcas, teve, entretanto, a ventura de manter-se como o resultado da proteção de outros monarcas europeus, cujas dinastias tinham berço na casa dos Habsburgos.

Com a grande guerra, porém, cortados os elos que a prendiam à Hungria e a outros territórios que passaram à Tchecoslováquia, à Iugoslávia e à Itália, constituiu-se, em 12 de novembro de 1918, em uma república democrática, cuja Constituição foi promulgada em 1º de outubro de 1920, e sendo o território nacional composto de 6 províncias (*länder*).[43]

Desde os mais remotos tempos, o Direito Romano teve sempre grande autoridade na Áustria, verificando-se aí, como observa Cândido de Oliveira,[44] o mesmo processo que, com ele, se operou na Germânia, em sua amalgamação com o Direito Costumeiro e de que resultou o Direito

---

43 Estas províncias são as seguintes: – *Baixa-Áustria, Alta-Áustria, Estíria, Caríntia, Salzburgo* e *Tirol-Vorarlberg*.

44 Cit. *Lições de Leg. Comparada* – liç. 39ª, pág. 501 – Para bem compreender esta dupla influência do Direito Romano e Germânico na formação do Direito Austríaco, é preciso atender à situação geográfica em que essa influência se fez sentir: ao norte os monumentos legislativos alemães, ao sul a codificação justiniânea e em vários pontos de leste um pouco do Direito Lombardo. De forma que, ao iniciar-se o trabalho da fixação de um Direito próprio da Áustria, as regiões da Dalmácia e costas vizinhas eram dominadas pelo Direito Romano, ao passo que na Boêmia, Morávia e Silésia predominava e vigorava o Direito Alemão, mesclado com o Romano, que era o subsidiário da própria Alemanha, o que equivale dizer que estava assegurada a supremacia do Romano em conseqüência das lacunas do Alemão.

Comum alemão, pois, "fora empenho dos jurisconsultos da Alemanha, servindo à política dos imperadores, radicar as regras justiniâneas, ao lado das antigas tradições locais".

E acrescenta o eminente mestre:

"O Direito Comum, que ainda na Áustria é o comentário natural dos Códigos, formando fonte subsidiária, é o total das regras e dos princípios, tirados em parte dos textos romanos e em parte do antigo Direito Germânico. Os seus Papinianos e Ulpianos são Bohemer, Glück, Muhlenbruck, Eichorn e Mittermaier."

Conduzida a nação austríaca a um elevado grau de civilização jurídica, colocada, geograficamente, entre países que vinham realizando acentuados progressos nas legislações escritas, sendo que a Sardenha, desde 1723, já gozava a vantagem de uma lei geral sistematicamente organizada, como era o *Código Vitoriano*, e a Prússia, a Baviera e o Wurtemberg possuíam os seus *Landrechts*, necessariamente a Áustria teria de, mais cedo ou mais tarde, cogitar de formular também o seu Código Civil.

Coube a Maria Teresa, mãe da infortunada Maria Antonieta, iniciar os trabalhos da codificação civil, nomeando para isto uma comissão, sob a presidência do *Chanceler Azzoni*, a qual apresentou, em 1767, o seu trabalho, que não correspondeu às vistas da opinião pública e da Rainha, pelo que foi encarregado de formular um novo projeto o *Conselheiro Harten*, que, em 1786, deu por concluída a primeira parte, já sob o governo de José II.

Morto o *Conselheiro Harten*, os trabalhos relativos às demais partes do Código continuaram sob a direção de *Martini* e, depois, de *Zeiller*, cujos esforços, de 1801 a 1811, deram a definitiva organização do – *Allgemeines bürgeliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erblander des Oesterreichischen Monarchie* –, que entrou em execução a 1º de janeiro de 1812, ficando revogada toda a legislação anterior, inclusive a primeira parte do Código que esteve em vigor na Galícia Oriental e Ocidental desde 1797[45].

---

45 Bom é não esquecer que os chefes das comissões Azzoni, Martini e Zeiller eram professores de Direito, o primeiro na Universidade de Praga, o segundo e o terceiro na Universidade de Viena, sendo os dois últimos catedráticos de Direito Romano. Veja-se – *System des Oesterreichisen allgemeinen Privatrechts* – de J. Krainz e Ehrenzweig – vol. 1º.

O Código Civil da Áustria tem sido modificado em várias disposições e em 1917 recebeu uma notável reforma, como se pode ver na edição do Dr. J. Schey, ilustre professor de Direito Civil da Universidade de Viena, um dos membros da comissão de revisão, e dos *Textes et Commentaires* da tradução francesa de Marcel de Gallaix, professor da Columbia Law School.

Além do Código Civil, tem a Áustria também o seu Código Penal, que começou com denominação de *Constituição Criminal Carolina*, vindo, de reforma em reforma, até o Código Penal de 1852, ainda em vigor, mas, quase inteiramente desfigurado pelas reformas posteriores.

Para regular as relações mercantis, adotou a Áustria, com algumas modificações, o *Código do Comércio da Alemanha* e a *Lei Cambial*. Quanto ao Direito Marítimo, vigora o *Edito* de Maria Teresa de 1779, alterado em 1847 e 1879, e grande parte dos *costumes marítimos*, principalmente da Itália.

Dados os fatos acima apontados e atendendo à própria necessidade das populações ocupantes dos territórios austríacos, o Direito Romano não podia deixar de exercer grande influência na formação do Direito que veio, afinal, a fixar-se nos monumentos jurídicos promulgados no século XIX.

HUNGRIA – Os romanos davam à região ocupada pelos magiares a denominação de *Dácia*, *Ilíria*, *Panônia* e aí foram muitas vezes buscar os seus melhores soldados. Hoje as regiões aludidas estão retalhadas entre a Iugoslávia, a Romênia, a Tchecoslováquia, etc. Em lutas constantes para assegurar a sua independência, desde que o seu grande rei Estêvão I, o glorioso monarca que se tornou o ídolo do seu povo pela implantação do Cristianismo, estabeleceu as mais elevadas normas de governo, a Hungria é um exemplo de patriotismo e de valor entre os povos que tiveram de enfrentar as hostes romanas,[46] e, depois, as investidas dos bárbaros e dos turcos, sem nunca ser inteiramente dominada.

---

46 Estêvão I, antes Duque da Hungria, foi um dos homens mais virtuosos de seu tempo. Piedoso e magnânimo, vendeu a baixela do seu palácio para socorrer os necessitados; cristão dedicado à causa da Igreja Católica, fez da Hungria a barreira da Europa contra os infiéis; patriota guiado pela perfeita identificação com seu povo e realizando todas as suas aspirações, foi com a máxima alegria que os seus patrícios viram o Papa Silvestre II cingir-lhe a fronte com a "Santa Coroa" e elevá-lo ao altar, onde é adorado como o símbolo da *Piedade* e da *Virtude*.

A história da vida intelectual da Hungria é digna de ser relembrada.

No século XV, a *Universidade de Pozsony* ganhou celebridade pela intensa cultura literária e científica que as suas cátedras mantinham, de uma das quais, antes que Galileu a concebesse, já Johannes Regiomontanus ensinava a *doutrina geocêntrica* e o Rei Matias Corvino fundava a biblioteca famosa, que teve o seu nome e serviu de estímulo a outros povos da Europa para a criação de estabelecimentos da mesma ordem.

Durante muitos anos fez parte da monarquia austro-húngara, mas, em 1918, rompeu a união política e, com a abdicação do Rei Carlos IV, constituiu-se em *República do Povo Húngaro*, em cujo regime se conservou por mais de um ano, voltando à monarquia constitucional em 1920, mas, conservando-se ainda vago o trono até que se decida qual a dinastia que deve reinar.

Enquanto viveu fora da confederação, o que ocorreu até 1711, teve de subordinar a organização do seu Direito aos acontecimentos políticos que exigiam a concentração de energias para a manutenção da liberdade; depois que se viu mais ou menos dominada pela Áustria, teve de coordenar elementos para as reivindicações das liberdades perdidas, as quais culminaram em 1867 com a lei que o regime dualista teve de promulgar como uma das reivindicações que vinham sendo trabalhadas desde a revolução de 1848, em que Luís Kosuth mostrou quanto pode a vontade firme de um verdadeiro patriota.

É claro, pois, que a formação do Direito na Hungria teve de experimentar as conseqüências destes acidentes políticos e sociais.

Embora em contato com os povos que receberam desde tempos imemoriais a influência da civilização jurídica dos romanos, os húngaros nunca manifestaram grande pendor para a cultura jurídica e os seus monumentos legislativos formaram-se lentamente, vivendo durante muito tempo sob o império de *costumes* e de algumas *leis escritas* que, como atesta Cândido de Oliveira,[47] acham-se quase todas compiladas no volume *Corpus juris hungarici*, cuja primeira parte é formada pelo *opus*

---

47 *Op.* e *loc. cit.* pág. 508.

tripartitum juris consuetudinariae regni Hungaria, além das Ordenações reais até 1659.

Na segunda parte vêm os *Decreta et articula regnum et ordinum regni Hungariae partiumque cidium annexarum.*

O Código Civil Austríaco esteve algum tempo em vigor (de 1852 a 1861), voltando a imperar a velha legislação húngara consignada no *Corpus Juris Hungarici* e começando desde 1867, por força de disposição constitucional, a realização da codificação civil, encarregada ao Professor da Universidade de Budapeste Paulo Hoffman, que formulou parte do projeto, não conseguindo chegar ao desejado fim.

Outras tentativas foram feitas, porém, sem resultado, de forma que a Hungria continua, sem Código Civil, a observar uma legislação arcaica, da qual só se salva o que traduz a influência do Direito Romano.

Entretanto, em matéria comercial tem um Código formulado definitivamente em 1817, cujo projeto foi organizado pelo Professor Stefano Apathy, da mesma Universidade de Budapeste. Há também um Código Penal promulgado em 1880.

A influência do Direito Romano na legislação húngara fez-se em pequena parte diretamente, mas, consideravelmente, através da cultura jurídica austríaca e alemã, que dominam o espírito dos seus juristas.

SÉRVIA – A grande guerra modificou profundamente a situação geográfica de todos os países do sul da Europa que se compreendiam sob a denominação de Estados dos Bálcãs (*Romênia*, *Sérvia*, *Bósnia* e *Herzegovina*, *Montenegro*, *Bulgária*, *Albânia*, *Turquia* e *Grécia*), sendo a Sérvia a mais aquinhoada, talvez, de todos os países que ganharam territórios com a calamidade, cuja causa eficiente partiu de uma de suas cidades – *Sarajevo*, – também chamada *Bósnia Serai.*

As modificações que se operaram nos referidos países foram de tal importância, que a própria Sérvia mudou de nome, passando a ser *Iugoslávia.*

Dos seus 89 mil quilômetros quadrados, antes da guerra, passou a ter uma superfície de 240 mil quilômetros, o que importa dizer que tem hoje quase o triplo do antigo território.

A Sérvia teve uma vida política acidentada, através da história, só conseguindo, afinal, uma certa estabilidade depois que se libertou do guante muçulmano.

O Direito que aí vigorava era, por assim dizer, em retalhos – Direito Romano, Direito Costumeiro e os chamados *Firmans Turcos.*

Mas, dentro de pouco tempo, formulou-se um Código Civil, inspirado nos Códigos Austríaco e Francês, porém, com particularidades desconhecidas dos modelos, como a sucessão *ab intestato* dos *filhos,* com prejuízo das *filhas,* às quais compete apenas um dote etc. Tem este Código 950 artigos e está dividido em quatro partes, seguindo a classificação de Gaio, com um título preliminar sobre os *direitos civis em geral,* – passando ao *direito das pessoas* e das *coisas,* – para terminar com disposições gerais sobre *direitos reais* e *pessoais.*

O *direito das ações* ficou reservado ao Código do Processo Civil promulgado em 1865.

A lei que pôs em execução o Código Civil da Sérvia tem a data de 25 de março de 1844.

A Sérvia tem também um Código Penal promulgado em 1860 e um Código do Comércio, em vigor desde o mesmo ano da promulgação do Código Penal.

Depois das anexações territoriais que fizeram da Sérvia a Iugoslávia, os poderes públicos vêm cuidando de pôr em ordem a legislação do país, com o intuito de melhorar a existente e atender aos novos departamentos, cujas populações vieram de regimes legais, diferentes, para o que se está procedendo uma revisão do Código Civil por meio de uma comissão de juristas de que fazem parte professores das Universidades de Belgrado e Agram.

O Direito Romano, além de se haver infiltrado nos costumes que foram atendidos na confecção do Código Civil de 1844, também se fez sentir na organização da legislação em geral, através dos mestres das aludidas universidades, da cultura jurídica do país e da influência das legislações da Alemanha, França, Itália e Suíça, cujos modelos principais refletem acentuadamente a fisionomia da ciência dos Papinianos.

MONTENEGRO – O Montenegro, país danubiano, cuja independência foi firmada em virtude do Tratado de Berlim de 1878, ocupa uma pequena parte daquela região a que os romanos chamavam *Ilíria,* e que esteve durante muitos séculos sob o poder do Império, antes como território para passagem dos exércitos imperiais do Ocidente para o Oriente e vice-versa, do que propriamente como território nacional.

Como conseqüência da grande guerra, o antigo Principado de Montenegro passou a fazer parte da Iugoslávia, incorporando-se, assim, à velha Sérvia, a que já havia pertencido com o nome de *Zeta*, desde o século VII.

Embora de vida política atribulada, o Montenegro, talvez por ter assimilado a civilização jurídica bizantina, não propriamente como educação social, mas, como processo mais fácil de adoção de regras já em execução – o Montenegro, logo que assegurou a sua independência, tratou de organizar o seu Direito, publicando o seu primeiro Código em 1796 e, 59 anos depois formulava outro, sendo aquele sob o governo de Pedro I, e este sob o governo de Danilo I. Eram arranjos de outras legislações, como haviam feito os povos antigos, e de matérias heterogêneas, em que se dispunha sobre assuntos de Direito Civil, Penal e Processual, sem solução de continuidade no mesmo corpo de lei.

Com o advento do Principado de Nicolau I, porém, a reforma da legislação civil tomou proporções dignas de nota.

Foi confiada ao professor da Universidade de Odessa de nome Bocisich, a redação do projeto do *Código Civil Geral do Principado do Montenegro*, trabalho de subido valor, sobre o qual, segundo Cândido de Oliveira, disse o presidente da Academia de Jurisprudência de Berlim – que *poderia servir de modelo aos códigos alemães.*

Sobre este Código foi notável a influência direta e indireta do Direito Romano, isto é, a influência das próprias fontes contidas nos monumentos de Justiniano e a que por estes foi exercida nos Códigos Civis Austríaco, Francês e Italiano, que serviram de modelo aos trabalhos do professor Bocisich.

BULGÁRIA – De todos os países balcânicos a Bulgária é o que menos exemplares de civilização jurídica oferece ao historiador.

Vivendo, como os seus vizinhos, durante muitos séculos, em constantes lutas para assegurar a sua própria existência política e radicar-se ao solo conquistado com imenso sacrifício, a Bulgária não conseguiu formar um corpo de legislação, mesmo porque a dominação turca, sob a qual sofreu perto de quatro séculos, não lho permitiu.

O Direito, pois, que aí tem vigor é o do império otomano e alguns costumes locais, ou restos da influência romana.

TURQUIA – Deixemos o passado da Turquia, em que todo o seu Direito, suas leis, seus costumes, sua vida social, enfim, assentavam no *Alcorão*, o livro sagrado de Maomé, e vejamos este país já sob a influência da civilização européia, quando o *Multepa*[48] começou a receber modificações profundas.

Em 1839 o sultão Abdul-Medjid procurou dar ao governo um aspecto de constitucional, assentando as bases para as instituições e daí em diante as reformas vieram pouco a pouco se realizando, tais como a da liberdade de cultos, da propriedade imóvel para os estrangeiros, da instituição de tribunais leigos e, finalmente, os códigos, a começar pelo Código do Comércio, promulgado em 1850, – o Código Penal de 1858, – o Código do Processo Comercial de 1861, – o Código do Comércio Marítimo do mesmo ano, – o Código de Instrução Criminal de 1879 e, finalmente, o Código Civil Otomano, organizado por uma comissão de jurisconsultos, que consolidou principalmente o Direito das Obrigações, sob a influência das legislações romanizadas, e com exclusão de toda a matéria do Direito de Família, que continuou a ser regulada pelos princípios tradicionais do *Alcorão*, em que a poligamia era permitida, até 4 mulheres, e o divórcio, com rompimento do vínculo, facultado pelo *repudium* e mesmo *bona graciae*.

O primeiro Código Civil entrou em execução em 1876 e em 1879 foi promulgado o Código do Processo Civil respectivo.

Daqui em diante, a Turquia começou a experimentar a influência da legislação dos povos vizinhos, mesmo em matéria de Direito de Família, embora sem romper, desde logo, com os velhos costumes.

---

48 "Na Turquia", diz Cândido de Oliveira – *op. e loc. cit.* – pág. 550 – "a compilação do *Cherliat* tem o nome de *Multepa*, compreendendo 8 códigos: o religioso, o político, o militar, o civil, o do processo civil e criminal, o penal, o do comércio e o da caça. Disposições modernas têm alterado esses diversos Códigos, mais volumosos que o *Digesto* ou o *Boletim das Leis Francesas*, escritos com a prolixidade oriental e em um estilo, que dá raramente ao pensamento a forma escultural do preceito. Com o *tanzimat* começaram os esforços do governo da Porta para colocar a Turquia ao nível da civilização dos Estados Europeus."
A renovação operada foi tamanha, que se o sábio mestre ainda vivesse, ficaria surpreendido de que, alguns anos, apenas, depois da publicação de suas *Lições de Legislação Comparada*, a Turquia tivesse realizado tão extraordinária revolução.

Destas legislações, a que mais preponderantemente se manifestou foi a da Suíça, cujo Código Civil a Turquia Nova transformou, com pequenas modificações, em seu segundo Código Civil, para entrar em execução em 1926, como uma das mais elevadas conquistas liberais da revolução, que culminou em 27 de outubro de 1923, estabelecendo a República Parlamentar e transferindo a sua capital para Angorá, na Ásia.

É interessante o que vem ocorrendo com a Turquia em matéria de civilização jurídica. Ao passo que ela vai se afastando da Europa com a perda de territórios em benefícios dos países vizinhos, mais se tem aproximado da civilização européia, mesmo em matéria de religião.[49]

A adoção do Código Civil suíço como base fundamental para a organização de seu Direito Civil, com esquecimento de costumes e antiquíssimas normas jurídicas, revela uma face desconhecida desse povo, que, há muitos séculos, se vinha mostrando intolerante para tudo quanto se referia aos progressos ocidentais.

Para surpreender os juristas, basta considerar que o Código Civil da Turquia consagrou a *monogamia* e a estabeleceu apesar do largo dissídio que o princípio ocasionou, interessando todos os habitantes da República e provocando várias sugestões para não extinguir, de chofre, um costume tradicional, com assento na própria religião da maioria nacional.

Os legisladores, porém, foram intransigentes e irredutíveis; baniram a poligamia e deram à mulher a carta de liberdade, que, emancipando-a, sob todos os pontos de vista, constitui o diploma com que ela atualmente vota nas eleições municipais e pode chegar até a ser juiz, como

---

49 Para mostrar até que ponto esta aproximação se tem feito, lembraremos um fato singularíssimo. Em 11 de dezembro de 1921 foi inaugurada em uma praça de Constantinopla uma estátua do Papa Bento XV, em cujo pedestal foi gravada a seguinte inscrição: – "AO MAGNO PONTÍFICE DA HORA TRÁGICA MUNDIAL – BENTO XV – BENFEITOR DOS POVOS – SEM DISTINÇÃO DE NACIONALIDADE E DE RELIGIÕES – EM SINAL DE RECONHECIMENTO – O ORIENTE DEDICA – 1914-1919".
"Este monumento" –, diz Veiga Cabral – Cit. *Europa Atual* pág. 395 –, "erguido sem o concurso dos católicos, em uma cidade onde em vão se procuraria em uma praça ou em uma rua um busto sequer, porque são proibidas as estátuas nas cidades turcas, é realmente a primeira estátua levantada no Império Otomano."
Como é dominadora a caridade cristã!

aconteceu com a nomeação de uma para o Tribunal Civil de Angorá e de outra para o de Constantinopla, fato que deixou muitas nações progressistas da Europa em situação realmente inferior.

Em matéria de Direito, portanto, a Turquia assumiu, em muito pouco tempo, uma posição de marcado destaque entre as nações civilizadas e o que é para acentuar é que isto se deve, por assim dizer, a um homem só – Mustafá Kemal, o grande patriota e notável estadista, a quem a República confiou os destinos do governo supremo.

Do exposto, pois, pode-se afirmar que se a Turquia não tem a sua legislação moderna organizada sob a influência direta e imediata do Direito Romano, tem-na, todavia, indiretamente, pelos subsídios que lhe forneceu com especialidade a legislação suíça.

INGLATERRA – Não há historiador do Direito da Europa que não considere, em regra, como coisa líquida e indiscutível, a nenhuma influência do Direito Romano na formação das legislações da Inglaterra, Dinamarca, Suécia e Noruega.[50]

Entretanto, a verdade não é precisamente esta. Nos monumentos legislativos destes povos predomina, é certo, o elemento nacional, que se manifestou nos costumes e na jurisprudência, atuando esse elemento, com maior ou menor preponderância, conforme maior ou menor vocação para a cultura jurídica coube a cada um. Mas, isto não quer dizer que o Direito, que neles se vem organizando, seja inteiramente alheio ao Direito dos outros povos e, muito menos ainda, ao Direito Romano, que tem sido o modelo para os demais países civilizados.

A Inglaterra, cujo Direito Público, especialmente em matéria constitucional e administrativa, pode servir de paradigma às nações mais livres da Terra, não tem, todavia, instituições de Direito Privado que possam assumir este caráter. Suas criações, neste departamento, especialmente no que diz respeito ao Direito Civil, não indicam aquelas engenhosas combinações e fórmulas políticas que fizeram da Inglaterra a nação modelo.

---

50 Vide Ernest Lehr – *Éléments de Droit Civil Anglais,* – e *Éléments de Droit Civil Scandinave* –; Bergson – *Aperçu historique sur les origines de Droit Civil moderne;* – Dareste – *Memoire sur les anciennes lois suédoises;* – Glasson – cit. *Le mariage et le divorce* –; Raul de la Grassérie – *Les Codes Suedois de 1734,* etc.

E a causa disto pode ser reconhecida em dois fatos fundamentais: a quase indiferença pela cultura do Direito Privado, mesmo quando os outros povos do continente já haviam assimilado as instituições romanas, e o espírito profundamente conservador e tradicionalista dos ingleses.

Não obstante isto, rigorosamente não se pode dizer que o Direito Privado na Inglaterra, e particularmente o Direito Civil, se tenha formado inteiramente à revelia do Direito Romano.

Deixando de parte a circunstância de terem sido sempre escritos em *língua latina* os seus atos legislativos, pelo menos até o reinado de Henrique VIII, de 1509 a 1547,[51] o que, de certo modo, indica que a linguagem dos juristas ingleses era a mesma linguagem dos romanos e que, portanto, os monumentos da legislação justiniânea não lhes eram desconhecidos, vejamos, rapidamente, as linhas gerais do Direito que os historiadores consideram genuinamente inglês, quer o que se apresenta na *Common law, lex non scripta,* quer nos *Statuts, Bills* e *Acts, lex scripta.*

A *common law,* conservada nos *reports* e *records,* é o Direito Costumeiro, formado através da evolução da vida jurídica dos Bretões, a quem César foi encontrar em manifesto atraso relativamente a outros povos do continente.[52]

Reduzida a província romana, a *Britânia* viveu sob o poder de alguns imperadores e, quando governava Sétimo Severo, foi encarregado o eminente Papiniano, com os assessores Paulo e Ulpiano, de administrar justiça no tribunal de York, o que importa dizer – aplicar o Direito Romano, cuja autoridade e perfeição deviam ter deixado alguns vestígios na jurisprudência e deixaram, de fato, como afirma Blackstone, em seus comentários às leis da Inglaterra,[53] embora formando um ramo de leis não escritas.

Os primeiros monumentos de legislação da Inglaterra foram criados pelo Rei Alfredo, o *grande,* pelo que recebeu dos historiadores o

---

51 O célebre rei que teve seis mulheres *legítimas* (Catarina de Aragão, Ana de Bolena, Jane Seymour, Ana de Clèves, Catarina Howard e Catarina Parr) e que, não tendo conseguido do Papa a anulação do seu primeiro casamento, rompeu com a Igreja de Roma, fundou o *anglicanismo* e proscreveu a língua latina da redação das leis.

52 *De Bello Galico* – liv. V, n. 21 e seguintes.

53 *Commentaires on the laws of England* – vol. I, intr., Seç. II.

título de *Conditor legis Angliae,* e seu filho Eduardo, o antigo, mandou fazer uma coleção de usos e costumes, como os chamados *Wergeld, Concílio Esoniense, De Institutis Lundoniae,* etc.

Posteriormente, vieram as *Leges Eduardi, confessoris,* e quando a grande irradiação partida de Bolonha começou a penetrar todos os países da Europa, a Inglaterra abriu as portas das suas célebres universidades ao ilustre romanista *Vacário* e a outros discípulos de Irnério para o ensino do Direito Romano.

Fracassando, porém, esta tentativa de melhora da cultura jurídica do país, parece, todavia, que a idéia da *aequitas* deixou uma certa impressão nos espíritos dos juízes, de forma a notar-se, daí em diante, a *equity* atuando nas decisões que proferiam e muitas vezes *corrigindo e suprimindo a common law,* como o Pretor fazia com os seus *edicta* e com a *res judicata.* Este último critério, então, foi de uma atuação decisiva, constituindo-se a *coisa julgada* não só uma *verdade* indiscutível em relação ao objeto do pleito (*pro veritate habetur*), como também uma *regra de direito* para resolver casos jurídicos semelhantes (*autoritas rerum similiter judicatarum*), que foram as duas mais fecundas fontes do *Jus Proetorum.* E os ingleses levaram a tal ponto a autoridade da coisa julgada, que Blackstone afirma que – "desde que uma decisão judiciária foi proferida, o que era antes incerto, passa a tomar o caráter de coisa fixa; nenhum juiz pode dela se afastar; é princípio estabelecido a obediência aos precedentes, toda vez que caso idêntico for agitado na tela forense".[54]

Embora a influência do Direito Romano não se tenha feito sentir direta e imediatamente, como aconteceu a outros países, também não corresponderá à verdade completa o dizer-se que a Inglaterra tem sido de todo alheia a essa influência.

Para demonstrar este asserto, bastará lembrar dois grandes institutos de Direito, que passam como criações inglesas: o *hábeas corpus* e o *júri.*

O *hábeas corpus* é instituto genuinamente romano, até mesmo na razão de sua denominação.

---

54 Cândido de Oliveira – *op. cit.* – pág. 328.

Quando alguém era detido injustamente, recorria a um interdito exibitório – *de liberis exhibendis* – ou – *de homine libero exhibendo* – para que o detentor o apresentasse ao Pretor e este verificasse a legitimidade ou não da detenção.

As palavras iniciais da ordem de apresentação eram exatamente – *habeas corpus.*[55]

Os ingleses adotaram o instituto, como muitos outros povos, deram-lhe a denominação que aquelas palavras indicam e organizaram-no em moldes tão seguros e perfeitos que lhe atribuem até a sua criação.[56]

O *Júri* é outra criação romana de que se apropriaram e regulamentaram com tamanha perfeição, que tem servido de índice das fórmulas democráticas do regime judiciário inglês.

Com efeito, o júri não é senão o sistema da *fórmula*, que substituiu as *leges actiones*, com a diferença apenas de que, no regime da *fórmula*, o *Proetur* e o *Judex* funcionavam *sucessivamente*, um *in jure* e o outro *in judicium*; ao passo que, no *júri*, o *juiz* e os *jurados* funcionavam *conjuntamente*, aquele aplicando o Direito (*in jure*), estes estudando as provas e apurando os fatos (*in judicum*).

É certo que a legislação e os costumes registram tipos *sui generis* de institutos que se não encontram na legislação e nos costumes de outros povos que se formaram sob a influência imediata do Direito Romano. Mas, muitos destes tipos realizam apenas *combinações* de institutos romanos e não verdadeiras criações da cultura jurídica inglesa.

Por exemplo, o *trust* (*equitable estates*), expresso ou tácito, de interesse público ou privado, reveste sempre a figura dupla de *depósito* e *mandato*: não é, rigorosamente, uma criação do Direito inglês, porque tem a configuração de *fideicomisso* e o *fideicomisso* é genuinamente romano.[57]

---

55 *Habeas...* segunda pessoa do singular do subjuntivo presente do verbo *habeo, es, ui, itum, ere* – que quer dizer *trazer, tomar, exibir,* – e *corpus...* substantivo *corpus, corporis*, o corpo, a pessoa física.

56 Lá está no *Dig.* – *de homine libero exhibendo* – L. 3°, T. 29, fr. 1°, § 1° – expresso o seguinte –: "*Hoc interdictum* (referindo-se ao *interdicto exhibitorio*) *proponitur tuendae libertatis causa: videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam*" – Ulpiano.

57 Veja-se Arthur Curti – *Manuel de Droit Civil et Commercial Anglais* – 1928.

Entretanto, como acontece ao *habeas corpus* e ao *júri*, o *trust* é considerado puro instituto de Direito inglês.

Estas considerações bastam para chamar a atenção dos competentes e, pelo menos, lembrar que não foram tão insignificantes os vestígios deixados pelo Direito Romano no Direito da Inglaterra, onde mestres eminentíssimos como Sumner Maine o ensinaram na *Universidade de Cambridge* e Guilherme Hunter no colégio de *Middle Temple* de Londres.[58]

DINAMARCA – Como vimos, a Dinamarca figura no número daqueles países que passam por ter formado o seu Direito fora do raio de influência do Direito Romano. Nação que viveu durante alguns séculos a fazer parte, ora de um, ora de outro Estado, naturalmente, com as mudanças que se iam operando na administração, também o Direito ia experimentando substituições e impedindo a criação de um Direito próprio.

O primeiro monumento legislativo organizado para os dinamarqueses foi a *Lei da Jutlândia*, decretada pelo rei Canuto, filho de Suenon, o célebre monarca que reuniu a Dinamarca, a Inglaterra e Noruega em um só Estado e adotou o cristianismo como religião dominante. Esta lei resultou de uma combinação das legislações anglo-saxã, dinamarquesa e norueguesa, além da incorporação de costumes locais de Copenhague, Lund, Roschild e Scheleswig.

O Direito Romano, que nele se notava, era apenas o que se manifestara no anglo-saxão.

Este estado de atraso na organização do Direito prolongou-se por muito tempo, experimentando as transformações políticas e substitui-

---

58 São dois notáveis romanistas, autores de obras de alta nomeada: o primeiro publicou, entre outros livros – *Comunidades da Aldeia no Oriente e no Ocidente*, – e – *O Direito Antigo e o Costume Primitivo*, quando professor em Oxford; – o segundo organizou um monumental trabalho sob o título – *A systematic and historical exposition of roman law in the order of a code*, – em que incluiu as *Institutas* de Gaio e de Justiniano, e um resumo desta obra que é conhecida entre os estudantes da Inglaterra pelo nome de *The Little Hunter.* São livros que honram a literatura jurídico-romana universal.

ções de dinastias, até o advento da elaboração do Código Geral, promulgado por Cristiano V, em 1683, que o mandara organizar desde o início do seu governo.

Este código recebeu profundas modificações, de forma que, posto ainda esteja em vigor, contém muito mais disposições revogadas do que disposições vigentes.

Para verificar-se a importância das reformas operadas, basta indicar as leis promulgadas sobre alguns assuntos, a partir de 1870, conforme consigna Cândido de Oliveira,[59] entre as quais ocupa lugar importante a de 7 de maio de 1880 sobre a capacidade da mulher casada.

SUÉCIA – A situação geográfica da Suécia e da Noruega, os elementos formadores das respectivas populações (finlandeses, lapões, dinamarqueses e germanos) e as constantes modificações de governo deram aos escandinavos uma feição particular no que diz respeito à cultura jurídica.

Dominados pela religião de Odin, o deus de todas as coisas, da sabedoria e da guerra, da poesia e da caça, antes que tivessem atingido um alto grau de civilização, não podiam pensar em formular princípios jurídicos, nem experimentar o reflexo do Direito que se vinha formando em outros meios e sob a influência de outras correntes de civilização.

Entretanto, depois de porfiada evangelização do Cristianismo, a começar por Santo Auscário, e do estabelecimento da dinastia de Eric, que firmou definitivamente o catolicismo na península, começaram os suecos na formação de sua legislação e, segundo afirmam alguns dos historiadores da Escandinávia, a sua primeira lei, formulada em 1295 pelo Rei Birgher, foi a *Uplands-lagh*, seguindo-se-lhe a *Sudhermanna-laghen*, do Rei Magnus Erichsen, sucessor de Birgher.

Além destas leis, outros atos legislativos de caráter provincial e municipal, se assim podemos dizer, foram constituindo um corpo de legislação tão volumoso que se impunha a realização da *sístole*, com a organização de um código em que se apurasse o Direito vigente.

Mas, posto que seja um fenômeno natural, a *sístole jurídica* não se verifica arbitrariamente, com especialidade em referência à matéria de

---

59 *Op. cit.* – liç. 28ª – pág. 352.

Direito Privado, porque a normalidade da vida social é condição imprescindível para que ela encontre a sua oportunidade.

O *Codex Christophorianus*, promulgado em 1452, embora com um caráter de lei geral, aplicável a todo o país, não conseguiu romper a autoridade das leis municipais, que vinham sendo também aplicadas em várias cidades e mantinham a tradição do Direito comum, e não conseguiu exatamente porque foi feito ao tempo em que o país vivia em meio a grave fermentação política.

A idéia, porém, de uma grande reforma da legislação civil continuava a dominar todos os espíritos e neste sentido algumas tentativas foram executadas sem resultado.

Carlos XI compreendeu, entretanto, que era uma necessidade imperiosa a codificação e cercando-se de juristas de valor, mandou organizar um projeto, que, revisto pelo notável jurisconsulto professor Carlos Lemdins e sendo preenchidas certas formalidades para sua discussão e aprovação, foi, afinal, convertido em lei e posto em execução, em 1734, sob a denominação de *Rikes lagh*, já no governo de Frederico I, razão pela qual é, na Suécia, também conhecido como *Código Frederico.*[60]

O *Rikes Lagh* é, na opinião de todos os seus comentadores, um produto da cultura exclusivamente sueca, em que são nulos os vestígios do Direito Romano.

Não obstante a autoridade de Lehr, Glasson, Raul de La Grassérie e Cândido de Oliveira, que assim afirmam, como se fora tal afirmativa uma verdade indiscutível, há no Direito sueco, quer na *Upland-Lagh*, quer na *Sudhermanna-Laghen* e quer no *Rikes Lagh*, muitos princípios que são de Direito Romano.

Na organização do pátrio poder, da tutela, e das regras dominantes do casamento e suas conseqüências jurídicas há tantas disposições semelhantes às regras romanas, que não será uma temeridade dizer que os legisladores suecos ao formulá-las tinham à vista os monumentos da legislação justinianéia.

60 Não confundir com o *Código Prussiano* que é também chamado *Código Frederico.*

A legislação sueca do século XIX[61] vem se aproximando evidentemente do Direito dos outros povos da Europa que têm suas raízes no *Corpus Juris Civilis*, e, dentro em breve, ninguém se surpreenderá vendo a velha Escandinávia incorporar-se, como vêm fazendo a Inglaterra, os Estados Unidos, a Turquia, o Japão e a China àquelas nações que moldaram o seu Direito no cadinho de ouro manejado pelos grandes artistas que foram os Papinianos, Cujácios e Savignys.

NORUEGA – Como a Suécia, a Noruega tem tido uma vida política acidentada e só muito tardiamente a sua história nos oferece exemplares indicativos de organização jurídica das relações privadas.

As primeiras manifestações de trabalhos legislativos datam do reinado de Hagen-Adaboteen, com a promulgação das célebres leis denominadas – *Gulathing* –, formulada por Thorleifr, o sábio, e – *Frostething* –, a lei de Drontheim. Estas leis, porém, nada mais são do que costumes antiquíssimos consolidados e que vinham sendo observados em vários pontos da Escandinávia e não rigorosamente dois exemplares de genuíno Direito norueguês.

Esses costumes e algumas outras fórmulas legislativas locais, porém, tiveram de experimentar grandes reformas no governo do célebre Rei Magno VII, o que motivou receber este o nome de *reformador das leis* (*lagabeser*).

Mais uma vez se descobre, nestas reformas, aquele fenômeno a que tantas vezes nos temos referido no estudo do Direito em geral de todos os povos – a *sístole jurídica*.

Como o Direito era local e se apresentava esparso por todo o país, variando de província em província, até mesmo de cidade em cidade, a primeira necessidade que se impunha era coordenar sistematicamente esses elementos formadores do Direito em um código geral, que não chegou a ser promulgado, porque as vicissitudes políticas determinaram interromper os trabalhos que tão auspiciosamente vinham sendo realizados e as leis já em execução tiveram de ceder o império ao Código de Cristiano V, da

61 Veja-se a relação de leis suecas, a partir de 1810, indicadas por Cândido de Oliveira – *op. cit.*, págs. 360 e 361.

Dinamarca, a cujo domínio passou a Noruega em conseqüência da célebre *Liga de Calmar.*

Mas, a aplicação deste Código não se fez sem uma revisão e modificação que apenas mascararam o Código Dinamarquês de 1683 e deram-lhe um nome novo – *Norke Lov.* Trabalho sem espírito de unidade e de sistema, representando apenas as tradições costumeiras e a prática da jurisprudência, é bem de ver que, através da evolução do Direito norueguês, o *Norke Lov,* posto que continue ainda a figurar como o Código, nada mais é do que, como diz o Cândido de Oliveira – "*o lastro do direito privado*".[62]

Entretanto, tantas e tão importantes têm sido as reformas introduzidas nesse vetusto exemplar, que vem resistindo à passagem de 240 anos, que dos seus dispositivos provavelmente quase nada subsiste.

Tudo, pois, quanto dissemos em relação à influência do Direito Romano na legislação da Dinamarca e da Suécia tem inteira aplicação à legislação da Noruega.[63]

RÚSSIA – A Rússia, cuja formação étnica, com caracteres próprios, só se apresentou no curso da história da Europa depois que outros povos já haviam atingido um certo grau de adiantamento, era, ao tempo da hegemonia de Roma, um país quase deserto. Território imenso que vem do norte ao sul da Europa e se prolonga pela Ásia, a sua população provinda de correntes finlandesa, tártara e eslava, careceu de longo tempo para fundir-se e constituir uma nacionalidade coesa, aproximando-se de um centro com aspirações e necessidades comuns.

No caldeamento daquelas correntes de populações predominou o elemento eslavo, de forma que no decurso do tempo, se foi acentu-

---

62 *Op.* e *loc. cit.*, Pág. 365.

63 Para ajuizar as reformas operadas na legislação no século XIX, a partir de 1842, veja-se a relação de leis indicadas por Candido de Oliveira – *op. cit.* – pág. 365. No que diz respeito ao Direito Penal, não podemos deixar passar sem lembrança o moderno *Código Penal da Noruega,* promulgado para entrar em execução em 1° de janeiro de 1904, trabalho digno de nota foi o primeiro a introduzir em lei o *sistema das sentenças indeterminadas,* o que bem revela o progresso das instituições jurídicas na terra dos *fiordes.*

ando este predomínio e os russos na organização do seu Direito Privado tiveram de obedecer às injunções dos costumes e tendências do tipo de sua raça.

Deixemos de parte os tempos dos *Varegues*, da *Provida Ruscaica*, a primeira lei escrita, e da *Ulogenia*, monumentos que chegaram até o século XVII, e vejamos ligeiramente, as tentativas de aperfeiçoamento, postas em prática, deste Catarina II, até a atual organização dos Códigos soviéticos.

Catarina II, que governou de 1762 a 1796, convocou os representantes de todas as raças, de todas as religiões e de todos os corpos administrativos do Estado para a coordenação e reforma integral da legislação do império moscovita, conseguindo reunir em Moscou e em São Petersburgo 559 delegados, trazendo cada um o conjunto das instruções – *nakas* – dos seus eleitores.

As guerras com a Turquia e com a Polônia, atraindo a maioria dos membros da comissão, impossibilitaram a continuação dos trabalhos e dos já realizados ficaram apenas preciosos materiais.

A esta tentativa, seguiu-se a confiada por Alexandre 1°, que governou de 1801 a 1825, a Speranski, que formulou projeto inspirado no Código Civil francês, que já vinha sendo praticado na Holanda, na Itália, na Confederação do Reno e no Grão-Ducado de Varsóvia.

Karamzine, porém, representando os tradicionalistas e patriotas russos, reclamou contra o fato de organizar-se um código copiado, em sua quase totalidade, do Código Napoleão, e a tentativa fracassou novamente, deixando os projetos dos Códigos Civil, Penal e do Comércio por terminar.

Seguiram-se os reinados de Nicolau 1°, de 1894 a 1918, e a idéia da codificação, embora continuasse a dominar os espíritos, não encontrava executores, limitando-se os governos à organização de *consolidações*, como a – *Polnoê Sobraniê Zakonov Rossüskoi Imperii* – que compreendia toda a legislação, desde *Ulogenia* até 1825 (45 volumes), e o – *Svod zakonov Rossüskoi Imperii* –, consolidação levada a termo por Speranski, em 1833, com cerca de 60 mil artigos, publicados em 15 volumes, com um apêndice de suplementos de *ucasses* anuais – *Prilogenia.* Este *Svod* era o Código Civil russo até a queda do império.

Com a revolução que resultou a implantação do regime soviético, a Rússia abalou toda a sua organização social, política, jurídica e econômica e fê-lo tão profundamente, que é para admirar como uma nação tamanha possa resistir à mutação operada sem se fracionar em países diversos e em número muito maior do que aqueles que se separaram do seu território.

Na ordem jurídica as reformas atingiram a todos os departamentos do Direito e foram realizadas dentro de um diminuto espaço de tempo.

De setembro de 1921 a dezembro de 1923 foram promulgados *dez códigos*: o *Código da Família,* com 246 artigos, em 27 de setembro de 1921, – o *Código do Trabalho,* com 192 artigos, em 15 de novembro de 1922, – o *Código Agrário,* com 226 artigos, em 1° de janeiro de 1923, – o *Código Civil,* com 435 artigos, em 1° de janeiro de 1923, – o *Código Mineiro,* com 34 artigos, em 7 de julho de 1923, – o *Código Florestal,* com 73 artigos, em 1°de agosto de 1923, – o *Código Veterinário,* com 112 artigos, em 1° de dezembro de 1923, e os Códigos Penal, do Processo Civil e do Processo Criminal.

Para bem ajuizar do valor destas leis, bastará considerar algumas regras por elas estabelecidas.

O art. 86 do Código da Família estabelece o divórcio com rompimento do vínculo matrimonial e o art. 87 acrescenta que o divórcio pode fundar-se, não só no consentimento mútuo dos cônjuges, como também na vontade de um deles somente.

O art. 133, depois de fixar o princípio de que "a filiação de fato é reconhecida como a base da família", acrescenta que "não se faz diferença alguma entre paternidade *natural* e a *legítima*". Para completar o sistema, o art. 160 dispõe que "os filhos não têm direito algum sobre o patrimônio dos pais, nem, da mesma forma, os pais sobre o patrimônio dos filhos".

Não é preciso ir além: estas disposições caracterizam com exatidão o regime atual da família russa. É bem de ver que a nova legislação não se inspirou no Direito Romano, ou no Direito daqueles povos que procuraram nas *Pandectas* os moldes para suas instituições jurídicas. Entretanto, na antiga legislação, em vigor até o estabelecimento dos códi-

gos indicados, traços acentuados existiam do Direito Romano e Canônico[64] – naturalmente proscritos da nova legislação, cujos organizadores só obedeceram a um intuito – arruinar o edifício social assente sobre as sólidas bases da civilização cristã.

ESTADOS UNIDOS – Já vimos acima que os Estados Unidos da América do Norte representam uma chocante exceção, relativamente à organização do Direito Privado entre as nações do continente.

Constituídos em nação independente numa visão de grande futuro e assentando os fundamentos do Estado nas fórmulas políticas mais liberais e os da Família nas tradições da metrópole, a nova pátria revelou, desde logo, o que viria a ser dentro de pouco tempo.

Com uma organização política modelar, em que foram admiravelmente coordenados os direitos e deveres individuais e coletivos, com um sistema de governo, geral e local, capaz de assegurar a prosperidade da nação, com uma justiça superior, que domina todos os poderes que mantém a força e isto apenas pelo prestígio da autoridade moral, a gloriosa república do Norte vem realizando, em meio a um progresso material estupendo, o sonho dos seus fundadores e a felicidade dos seus cidadãos.

Apesar, porém, do seu formidável progresso, que tem manifestado em todas as relações da vida social, no que se refere ao Direito Privado os Estados Unidos ainda se encontram em grande parte, sob o regime do Direito Colonial, o que quer dizer, sob império da *Common-Law* e dos *Statutes*, que constituem os fundamentos dos seus costumes jurídicos e dos monumentos de sua legislação.

Entretanto mesmo na prática desses costumes e na observância dessa legislação, o espírito liberal americano se vem refletindo acentuadamente.

Dada aos Estados Unidos a faculdade de legislar sobre Direito Privado, esse espírito liberal tem realizado grandes reformas, com a tendên-

---

64 Deixamos de consignar apreciações sobre o Direito Romano na Finlândia, na Polônia, na Estônia, na Letônia, na Lituânia, Tchecoslováquia, Ucrânia, Albânia e naqueles pequenos estados que surgiram com a Grande Guerra, porque ainda se encontram em preparação do seu Direito Privado, sem tendências manifestas por esta ou aquela corrente de influência, vivendo todos sob o império das legislações e costumes que vigoraram nos países a que pertenciam, antes da independência.

cia de fixar em fórmulas mais compatíveis com os progressos das ciências jurídicas inspiradas na orientação do Direito Romano.

"À constituição de 1787 –, observa Candido de Oliveira[65] –, na distribuição dos poderes entre o governo da federação e o dos Estados, não mencionou, no grupo das faculdades reservadas à legislatura central, a de dispor sobre o direito civil, comercial ou criminal, e como, nos termos do artigo segundo, cada Estado conserva a sua soberania, a sua liberdade, a sua independência, todos os poderes, jurisdição, ou direitos, que não se acham expressamente delegados ao Congresso e ao governo da confederação, aos mesmos Estados ficou, evidentemente, reservada a função de alterar ou modificar a velha lei inglesa, precisamente nos mesmos termos em que os *statutes* e os *bills* do Parlamento inglês declaram ou derrogam a *Common-Law.*"

Por isso, e com os Estados da *Califórnia*, da *Flórida*, da *Louisiana* e do *Texas* se incorporaram ao novo país, por efeito de emancipação das respectivas metrópoles (México, Espanha, França), a legislação privada de cada um se organizou sob a influência das leis espanholas e francesas, que, como se sabe, foram formuladas sob imediata inspiração do Direito Romano.

Mas, não obstante a orientação inglesa, outros estados romperam as tradições e, se não substituíram inteiramente o seu Direito, todavia, quebraram o velho costume de deixar as relações privadas entregues a um amontoado de preceitos sem espírito de unidade e de sistema, como predomina nas ações de Direito Costumeiro.

Eis porque têm legislação codificada: a *Louisiana,* o Código Civil desde 1825, – a *Califórnia,* Código Civil desde 1872, – *Nova York,* os Códigos Civil de 1875, do Processo Civil, de 1877, Penal de 1882, e do Processo Criminal do mesmo ano.

O Código do Processo Civil de Nova York entrou em execução em 1º de maio de 1877 e preencheu uma lacuna tão sensível em toda União, que 23 Estados o adotaram como lei própria e hoje, pode dizer-se, generalizou-se por toda nação.

---

65 *Op. cit.* – pág. 337.

Nos Códigos Civis indicados, nota-se a influência principalmente do Código Napoleão, o que quer dizer também do Direito Romano, que tem no grande monumento do começo do século XIX o mais perfeito dos seus representantes.[66]

JAPÃO – Deixemos o Japão de *Yoritomo*, o célebre *Xogum*, e do próprio São Francisco Xavier, o evangelizador, discípulo de Inácio de Loiola e amigo de Fernão Mendes, – e vejamos o grande império, que surgiu nos meados do século passado, quando *daimos* submeteram o *Xogum* ao poder do *Micado*, do que resultou o Estado que hoje surpreende o mundo pelas conquistas do progresso e da cultura intelectual dos seus grandes homens.

País em que a natureza é madrasta, mas onde a vontade humana é uma força irredutível, a formação jurídica do Japão se fez, naturalmente, pelo império dos costumes locais e também pela influência da civilização chinesa e coreana, que lhe precederam na evolução histórica da Ásia.

Direito Costumeiro, misto de preceitos formulados pela religião *shin-cô*, organização rudimentar, necessariamente, quando o Japão despertou, bruscamente, em meio da civilização ocidental, teve suas vistas solicitadas para o Direito dos outros povos e reconheceu, desde logo, a disparidade entre ambos, à semelhança do que se verificou em Roma, com a invasão dos bárbaros, que, ao contemplarem a civilização jurídica dos invadidos, resolveram adotá-la no seu primeiro monumento de leis – o *Edito de Teodorico.*

---

66 Não obstante ensinado em todas as suas universidades, o Direito Romano não tem nos Estados Unidos grandes cultores, cuja autoridade se tenha imposta aos juristas. Não conhecemos tratado algum de Direito Romano produzido na América do Norte. Na Universidade de Iowa um professor escreveu um opúsculo sobre a classificação de Gaius e na edição americana das conhecidas *Institutas de Sandars,* Hammond fez publicar um prefácio em que trata do assunto e que, na opinião de Sumner Maine – *O Antigo Direito* – cap. XI –, contém a melhor defesa que há sobre a distribuição clássica do Direito. Além disto e de artigos de juristas em *Revistas* científicas, nada mais sabemos existir na literatura americana.
Entretanto, a tendência atual do Direito norte-americano é de acentuada aproximação do *Direito Ibero-Americano*, que, como se sabe, é um derivado do Direito Romano.

Para chegar, porém, ao estado de preparo imprescindível à nação, a fim de operar as reformas legislativas, o novo governo voltou suas vistas, no ano seguinte ao do advento (1869), para o ensino superior, criando vários colégios, como os denominados *Daigaku Nankô* (colégio do sul), *Daigaku Tôkô* (colégio do norte) e outros, que mais tarde fóram reunidos na Universidade de Tóquio – (*Tokio Daigaku*), transformada esta, em 1866, em Universidade Imperial de Tóquio – (*Tokio Teikoku Daigaku*), que, entre 1890 a 1918, completou a sua organização com seis faculdades – de *Direito*, de *Medicina*, de *Engenharia*, de *Literatura*, de *Ciências* e de *Agricultura.* Atualmente o império tem 7 universidades – de *Tóquio*, – de *Quioto*, – de *Tohoku*, – de *Kyushu*, – de *Hocaida*, – de *Osaca*, – de *Keio Gijuku*, além de grande número de *escolas técnicas.*

Limitando as nossas observações ao ensino do Direito Romano na *Tóquio Teikoku Daigaku*,[67] diremos que a Faculdade de Direito tem dois departamentos, um, de *Direito*, outro de *Ciências Políticas* e o Direito Romano é ensinado no primeiro destes departamentos, em curso facultativo, mas, de que o aluno deverá fazer um exame se o tiver adotado. Rege a cadeira um – *Hôgakuski* – (professor) e *Hogaku Hakuski* (doutor em direito), expressões que se representam pelas letras – *Hg.* – *H.H.* –, cadeira que era ocupada em 1925 pelo ilustre romanista *Hg. HH.* Ichiro Haruki, autor da obra – *Direito Romano – lições professadas* –, escrito em língua japonesa.

Além desta, outras obras enriquecem a literatura jurídica do país, tais como as três obras – do Visconde de Suematsu – *Institutas do Imperador Justiniano* –, *Comentários das Institutas de Gaius* e as *Regras de Direito Romano de Ulpiano* (tradução do latim para o japonês); do jurista Irie – *Estudo do Jus Pretorum* – e do Hg. Tsunefuji – *Teoria do Direito Natural no Direito Romano.* Todos estes trabalhos são do conhecimento dos alunos do curso e o *Corpus Juris Civilis* anda também nas mãos dos professores das

---

67 Devemos estas informações, absolutamente verdadeiras, aos 2 volumes do *Calendar* de 1924 a 1927 da universidade, que nos foram enviados de Tóquio pelo excelente discípulo e dileto amigo Dr. Edmundo Machado Júnior, aluno laureado da nossa Faculdade de Direito e secretário da nossa embaixada no Japão, que espontaneamente nos enviou aqueles volumes e alguns dados do ensino fornecidos pelo professor de então.

cadeiras de Direito Francês e de Direito Alemão, que constituem matérias de curso obrigatório.

A cultura do Direito Romano no Japão não é manifestação de um diletantismo de povo inteligente; é alguma coisa mais do que isto, é uma necessidade de ordem científica e prática, como passamos a explicar.

Entre as grandes reformas levadas a efeito pelo Micado está a legislação privada, como uma conseqüência irremovível da situação criada pela aproximação do império às grandes nações da civilização ocidental, cada vez mais estreitas, à proporção que os japoneses iam assimilando as respectivas instituições jurídicas.

Deve-se ao notável *Shanghi* e ministro da Justiça Oghi Takato o início dos trabalhos da codificação, confiando ao professor da Faculdade de Direito de Paris – Gustave Boissonade – o encargo de formular o projeto do Código do Processo Criminal e do Código Civil.

Como confessa o mesmo professor Boissonade, o ilustre ministro ao confiar-lhe tal missão, deixou-o em completa liberdade de ação e ele utilizou-se da franquia para organizar um trabalho que, na altura do Direito vigente, então, na França, na Itália, e na Bélgica, pudesse servir no Japão, sem atacar as suas antigas e fortes tradições, preenchendo as lacunas com as luzes do Direito Romano.[68] E assim o fez, deixando as mais intimamente ligadas ao *estudo das pessoas na sociedade e na família*, para serem codificadas com grande cuidado e respeito aos costumes.

Discutido e definitivamente formulado, o Código Civil entrou em execução em 1897.

É um notável trabalho de legislação, que, embora preparado para um povo sem afinidade com povos romanizados, reflete em vários pontos de doutrina a ciência de Papiniano.

Antes da promulgação do Código Civil, já o Japão possuía o Código do Comércio, cujo projeto foi formulado pelo professor alemão Rössler e, com algumas modificações, promulgado em 1890.

Este código, porém, foi substituído por outro, redigido pelos professores da Universidade de Tóquio – Umê e Okano, com a colabora-

---

68 *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon* – 2ª ed. – tome 1º – introd.

ção do ilustre jurista Tanabe, procurador da Corte de Cassação e conselheiro do Ministério da Justiça, e entrou em vigor em 1899.[69] A sua fonte mais abundante foi o projeto do novo Código Civil Alemão, cuja publicação se fizera no intervalo de 1893 a 1897.

Como se vê, o Japão não é somente um grande império nas indústrias, nas armas e nas ciências medicas, o é também nas letras jurídicas, que são a mais forte revelação de sua cultura e progresso social.

CHINA – Desde que o Japão, pondo-se em contato com a civilização ocidental, assumiu, nos meados do século XIX, um papel de grande relevo na Ásia, sob o tríplice ponto de vista – econômico, político e militar – começou também a desenvolver uma profunda influência sobre os povos vizinhos. A China, que a esse tempo vivia em uma espécie de paralisia mental não obstante ter sido outrora a figura central entre os povos de sua raça, despertou, provocado pelo surto do Japão moderno e pelo ruído do progresso que a França, Alemanha e a Inglaterra iam fazendo naquelas longínquas regiões.

A guerra sino-japonesa de 1895, cujo insucesso para a China foi a causa eficiente da revolução Boxer de 1900 e, com esta, a das transformações sociais e políticas do velho império, revelou aos povos ocidentais, ao mesmo tempo, o Japão progressista e a China retardatária; mas, esta já com uma forte corrente de opinião pública em direção a alvos modernos, que vem atingindo com muito maior rapidez do que seria para esperar de um povo tão acentuadamente tradicionalista, como é o povo chinês.

No campo da legislação, importantes reformas foram introduzidas, a começar pela organização judiciária, em moldes novos e obedecendo à influência de fatores diversos, entre os quais os interesses estrangeiros, sempre reclamados por via diplomática e por injunções internacionais.

Vários tratados foram ajustados, neste sentido, entre o governo da China e de outros Estados, como os celebrados com a Inglaterra em 5 de setembro de 1902, com os Estados Unidos, em 8 de outubro de 1903, e com o Japão em 29 de janeiro de 1904.

---

69 *Code de Commerce de l'empire du Japon* – trad. de Loenholm – , professor da Universidade de Tóquio.

A reforma judiciária impunha necessariamente a reforma das leis substantivas, comerciais, penais e civis, e, por isso, foram organizadas comissões de juristas para a elaboração de um Código Comercial (1904), de um Código do Processo Civil e Criminal (1906) e de um Código Criminal (1912).

Formulados estes Códigos, começou, então, o trabalho de organização da legislação civil, cuja importância reclamou a colaboração dos homens mais ilustres do país,[70] que se dedicaram, com grande esforço, ao imenso labor, em reuniões consecutivas, de forma que, discutidos, aprovados pelo *Yuan Legislativo* e sancionados pelo Presidente Hu Han-min do Conselho de Estado, foram promulgados os três primeiros *livros* do Código Civil, sendo: o livro 1º – Dos *Princípios Gerais*, – com 152 artigos, em 23 de maio, para entrar em execução em 10 de outubro de 1929, o livro 2º – *Das Obrigações*, – com 603 artigos (de 153 a 756), em 22 de novembro de 1929, para vigorar desde 5 de maio de 1930, e o livro 3º – *Dos Direitos Reais*, – com 209 artigos (de 757 a 966), em 30 de novembro de 1929, para ter aplicação a partir também do dia 5 de maio de 1930.

Os *Princípios Gerais* estão divididos em 152 artigos e têm o seguinte desdobramento:

Livro 1º – Princípios Gerais
Capítulo I – Aplicação e interpretação das leis.
Capítulo II – Pessoas.
  Título 1 – Pessoas Naturais.
  Título 2 – Pessoas Jurídicas.
  Título 3 – Fundações.
Capítulo III – Bens.
Capítulo IV – Atos Jurídicos.
  Título 1 – Regras Gerais.
  Título 2 – Capacidade para dispor.

---

70 Os membros da comissão foram: Foo Ping-sheung, - Chao Yeh-tang, - Sze Shang-quan, – Lin Ping, – e o Dr. Soumi Cheng, sob a presidência do primeiro. – Veja-se *The Civil Code of the Republic of China* – tradução de Ching Lin Hsia e James Chow – (Junho de 1929).

Título 3 – Declaração de vontade.
Título 4 – Condições – Tempo de começo e fim.
Título 5 – Representação.
Título 6 – Atos nulos e anuláveis.
Capítulo V – Datas e prazos.
Capítulo VI – Prescrição extintiva.
Capítulo VII – Exercício dos direitos.

Em qualquer dos *livros* indicados encontram-se *princípios*, traduzidos em inglês, que bem poderiam ser, também, traduzidos em latim, com as mesmas palavras empregadas nos brocardos do Direito Romano[71] e isto basta para demonstrar como a nossa ciência encontrou, tão longe e tão modernamente, em um país de civilização tão diferente da dos povos romanizados, feito de tamanha vibração e se adaptou com tal precisão às necessidades jurídicas do meio.

É que o Direito Romano, como disse Jhering, tem a *função de realizar-se*, e a sua missão histórica tem sido fazer, ou melhorar, o Direito dos outros povos, imprimindo aqueles traços característicos que às suas regras dão o aspecto e as formulas das figuras geométricas.

Foi longo o caminho que acabamos de percorrer, desde a Itália até a China; mas, a jornada nos habilitou a reconhecer, mais uma vez, que o melhor critério para classificar as legislações dos povos civilizados, em relação à influência sobre eles exercida pelo Direito Romano, é aquela que divide esses povos em dois grupos; um, dos que receberam essa influência *direta* e *imediatamente*, outro, dos que somente a experimentaram *indiretamente* e *mediatamente*.

---

71 Vejamos alguns exemplos: – Art. 7º – *A child en ventre sa mere is considered as if he were already born in respect to the protection of his personal interest, provided that he was subsequently born alive – (nasciturus projam nato habetur si de ejus commodo agitur)*. Art. 11 – *If several persons have perished in a common peril and it is not possible to ascertain which of them perished first, they are presumed to have died simultaneously* – (vide – Ulpiano – *Dig* – *De donationibus* – L. XXIV, T. I, fr. 32, § 14, – L. XXIV; T. IV, ffr. 23 e 24) – Art. 21 – *The domicile of a person incapable of disponing or limited in disponing capacity is determined by the domicile of his statutory agent* – (Ulpiano – *Dig* – L. 27, T. 2º, fr. 1º, pr., – Juliano – Dig – loc. cit. – T. 10, fr. 7º, pr., – Papirio Justo – *Dig* – L. 50, T. 1º, fr. 38, § 3º).
E como estes, inúmeros são os exemplos.

Título II

AS ORDENAÇÕES AFONSINAS, MANUELINAS E FILIPINAS. LEGISLAÇÃO POSTERIOR, ATÉ 1822. O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

SUMÁRIO – INDEPENDÊNCIA DE PORTUGAL; O DIREITO EM VIGOR – OS *FORAIS* E AS *LEIS GERAIS* – PROCESSOS INTELECTUAIS – O *DR. JOÃO DE ARÉGAS*, D. JOÃO I E A SUA ÉPOCA. A CONFECÇÃO DE UM CÓDIGO: *MESTRE JOÃO MENDES*, D. DUARTE E SEU GOVERNO. *DR. RUI FERNANDES* E A ORGANIZAÇÃO DEFINITIVA DAS *ORDENAÇÕES AFONSINAS*. SUAS FONTES, DIVISÃO E OBJETO DOS TEXTOS, D. JOÃO II E D. MANUEL I – *A ÉPOCA MANUELINA* E A REFORMA DAS LEIS. AS *ORDENAÇÕES MANUELINAS*, SUAS EDIÇÕES E PUBLICAÇÃO DEFINITIVA; DIVISÃO E OBJETO. D. JOÃO III, O CARDEAL D. HENRIQUE E D. SEBASTIÃO – NOVAS EDIÇÕES DAS *ORDENAÇÕES MANUELINAS*. O *CÓDIGO SEBASTIÂNICO*. DOMINAÇÃO DE PORTUGAL PELA ESPANHA E O ESTADO DA LEGISLAÇÃO. OS TRABALHOS DE FILIPE I E II – A LEI DE 5 DE JUNHO DE 1595 E AS *ORDENAÇÕES FILIPINAS*; SEUS ORGANIZADORES, REVISORES, DIVISÃO E OBJETO DO TEXTO. QUEDA DOS FILIPES. D. JOÃO IV E A LEI DE 29 DE JANEIRO DE 1643. A LEGISLAÇÃO POSTERIOR, PRINCIPALMENTE RELATIVA AO BRASIL. D. JOSÉ I E O MARQUÊS DE POMBAL. A *LEI DA BOA RAZÃO*. D. MARIA I E D. JOÃO VI, LEIS DE SEU TEMPO: A INDEPENDÊNCIA DO BRASIL. O *CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS*, SUA ELABORAÇÃO; OBJETO E DIVISÃO DE SUAS DISPOSIÇÕES. VALOR DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS COMO FRUTO DE CULTURA JURÍDICO-ROMANA.

ORDENAÇÕES AFONSINAS – Proclamada a independência de Portugal, por força da vitória obtida em 25 de julho de 1139, no Campo de

Ourique, epílogo glorioso das lutas iniciadas em São Mamede, onze anos antes, e causa da dilatação dos limites do novo Estado, pela tomada aos mouros e leoneses de Alcácer do Sal, Beja, Évora, Lisboa, Santarém, Serpa e tantas outras cidades de além do Tejo; fundada a Monarquia Lusitana e aclamado Rei o Infante D. Afonso Henrique, Portugal se viu naquela contingência, em que ficam todos os povos que se declaram independentes, de adotar como reguladora das relações da vida privada as regras de Direito, as fontes de Legislação, que até então vinham obedecendo e praticando.

Além dos vestígios de autoridade, que ainda perduravam, do *Forum Judicum*, antes, talvez, por se ter transformado em *usos e costumes* a maior parte dos seus preceitos, do que propriamente pelo caráter legislativo de sua origem; além de outros elementos geradores de Direito, como os resultantes de atos e costumes introduzidos pela tríplice corrente *romana*, *visigótica* e *mourisca*, quer na Espanha, quer em Portugal; o que é fato é que só os *Forais* tinham real autoridade e iam, por isso, completando o esquecimento dos antigos monumentos jurídicos da Península Ibérica.

A adoção dessa fórmula de legislação, que teve entrada em Portugal em 1050, por força da deliberação tomada no Concílio de Coyança e de estar sujeito ao reino de Leão, como sua província, que era então, colocou o país na situação desvantajosa e insustentável de substituir a legislação do caráter geral, que estava nos monumentos de Justiniano, de Alarico II e de Egica, por uma outra de caráter particular, restrita, destinada a regular os municípios, conduzindo a nação ao deplorável estado de não ter leis uniformes para poder assegurar a unidade nacional.

Como era natural, os cidadãos do novo Estado procuraram reagir contra a legislação da metrópole e o meio mais seguro que se lhes apresentava era o de decretar atos legislativos aplicáveis a todo o país e, por esse meio, operar a necessária unidade do Direito, substituindo os *Forais* pelas *Leis Gerais*, inversão do processo que a metrópole vinha observando com a franca e desabrida concessão de *fueros*.

Mas, ou porque fosse realmente difícil interromper a autoridade dos *Forais*, ou porque preocupações outras dominassem os espíritos dos dirigentes, o certo é que não foram abolidos os *Forais* e até muitos outros foram concedidos, provavelmente como arma política, para garantir a au-

toridade dos concessionários nos seus municípios e, por tal forma, manter a fidelidade destes para com o trono.

Entretanto, dia a dia, iam reconhecendo os estadistas, a imprescindível necessidade de dar corpo à idéia de legislar para todo o país e se Afonso Henrique e seu filho D. Sancho I não puderam levar a bom termo a realização desse intento, já o mesmo não aconteceu com D. Afonso II, que enfrentou o problema corajosamente e, corajosamente, conseguiu dar início à promulgação das *Leis Gerais*, as primeiras das quais foram redigidas nas Cortes de Coimbra, reunidas em 1211, achando-se os seus traslados, em 1632, na *Torre do Tombo*, segundo afirma Frei Antônio Brandão[1].

Seguiram-se ao leal e nobre aliado do rei de Castela, os reis D. Sancho II, D. Afonso III, D. Dinis, D. Afonso IV, D. Pedro I, D. Fernando I, D. João I, D. Duarte e D. Afonso V[2], os quais continuaram, num período de 223 anos, a promulgar *Leis Gerais* e, ao mesmo tempo, a fazer concessões de *Forais* para satisfazer interesses regionais, embora com evidente prejuízo dos interesses gerais, que reclamavam a unidade de legislação.

Mas, como várias vezes se tem visto no correr deste trabalho e a cada passo surgem espontaneamente provas deste asserto, a codificação do Direito é um fenômeno tão natural na sua vida, como é, na vida humana, a contração do coração e das artérias para a realização do que na tecnologia dos fisiólogos, se chama sístole.

Durante os governos daqueles monarcas, Portugal foi, pouco a pouco, ganhando um certo progresso intelectual, e a cultura do Direito

1 *Monarquia Lusitana* – citado por Cândido de Oliveira – *Leg. Comp.* – p. 64 – e Cândido Mendes – *Código Filipino* – p. XXIV. As *Leis Gerais*, segundo afirma Cândido de Oliveira, tinham por principal escopo alargar a esfera do poder e as prerrogativas da autoridade real, já dispondo que a nobreza nenhum privilégio tivesse nos contratos, já contendo as demasias do clero, já ainda nulificando os efeitos da *avoenga*, relativos ao direito de preleção e de rescisão, na venda dos bens de família.

2 Era hábito em Portugal dar alcunha a todo mundo e os reis não escaparam à regra. A partir de Afonso Henrique, cognominado *o conquistador*, todos os reis que se seguiram tiveram a sua alcunha, tais foram: D. Sancho I – *o povoador*; D. Afonso II – *o capelo*; D. Afonso III – *o bolonhês*; D. Dinis – *o lavrador*; D. Afonso IV – *o bravo*; D. Pedro I – *o justiceiro*; D. Fernando I – *o formoso*; D. João I – *o de boa memória*; D. Duarte – *o elegante*; e D. Afonso V – *o africano*.

Romano largamente é estudado na Universidade de Coimbra e, antes, na de Bolonha e Paris, vinha formando um grupo de *letrados e entendidos* de grande valor, que eram atraídos para as altas funções públicas, especialmente para o Conselho do Rei e lugares de administração da justiça.

Essa plêiade de intelectuais, em que primavam os *romanistas e canonistas*, como, entre outros, o célebre Dr. João Fernandes de Arégas, ou das *Regras*, geralmente conhecido por *Mestre João das Regras*, o *Mestre Gonçalo das Leis*, que foi Chanceler-mor, e tantos outros, formava a elite dos poderosos da época.

Fulgurava, a esse tempo, na Escola de Bolonha, o fecundíssimo Bartolo, cuja nomeada em Portugal tornou-se extraordinária, devido principalmente à propaganda que de seu nome e de seu valor fazia o seu discípulo Mestre João das Regras.

Interrompida a sucessão dos membros da primeira dinastia com a ascensão ao trono de D. João I, filho bastardo de D. Pedro I, ao lado do novo monarca ficaram dois homens de grande valor – o *santo Condestável* Nuno Álvares Pereira, o braço defensor da nova dinastia, e o aludido Dr. João Fernandes de Arégas, o cérebro poderoso organizador da legislação. Tendo ao seu serviço estas duas grandes forças, a primeira que assegurava a paz pela espada e a segunda que mantinha a ordem pela lei, a velha aspiração de formar um corpo de leis genuinamente nacionais empolgou o eminente jurisconsulto que, segundo afirmavam alguns historiadores, começou a dar execução ao seu objetivo traduzindo o *Corpus Juris*, com as glosas de Accursio e de Bartolo, para servirem de auxiliar à confecção do código, cuja autoria se lhe atribui também, embora pareça líquido que os seus autores foram o *Mestre João Mendes*, corregedor da Corte, Dr. Rui Fernandes, Luís Martins e Fernão Rodrigues.

Tendo falecido o Mestre João de Arégas no ano de 1404, o trabalho teve de ser novamente suspenso ou adiado.

"A obra foi cometida – diz Cândido Mendes[3] – ao Dr. ou Mestre João Mendes, Corregedor da Corte, como se vê no liv. 1º, § 1º, prefácio dessas Ordenações, ignorando-se a data: assim como não se sabe quais as

3 Cit. *Código Filipino* – p. XX.

Cortes em que Fidalgos e povos pedirão por vezes a organização do Código; mas, não será destituída de fundamento a presunção de que o encargo foi confiado ao Dr. João Mendes, depois da morte de João das Regras, em 1404; podendo-se calcular que nessa primeira compilação gastou-se perto de quarenta anos, pouco mais ou menos, ou de vinte a contar das Cortes de Lisboa de 1427, as penúltimas convocadas por D. João I, falecido em 1433; porquanto foi por esses tempos (1422) que se fez uma grande reforma em Portugal, a substituição da era de César pela de Cristo e reforma podia ter despertado ou animado outra de tanto alcance e tão necessária.

"Cumpre notar que o empenho de levar-se a efeito o Código Nacional, era de longa data, pois no prefácio das mesmas ordenações se diz que se elas não foram acabadas em tempo de D. João I, a causa foi – *alguns empachos que se seguiram.*"

Com a morte de D. João I, sucedeu-lhe no trono D. Duarte. Espírito verdadeiramente superior, homem culto, como culto podia ser um rei daqueles tempos, D. Duarte levou para o governo a sua cultura, a sua bondade natural, os conselhos do seu irmão o infante D. Pedro e todo o seu infortúnio.

Embora lhe estivesse destinada a coroa, embora a tivesse recebido em plena madureza de espírito, pois já contava 42 anos de idade, todavia, a dor sincera pela morte do pai e as apreensões pela situação de suceder ao Mestre de Aviz, fundador de uma dinastia, colocaram-no, durante algum tempo, no estado de pasmo e indecisão tais, que se tornou preciso que o seu confessor Frei Gil Lobo lhe sacudisse os sentidos com aquela frase característica que Oliveira Martins põe na boca do eclesiástico – "*Acorde, senhor, para o ofício de rei.*"[4]

E acordou, vivendo no trono apenas cinco anos para presenciar acontecimentos que enlutaram Portugal, social, política e economicamente[5].

No começo do seu governo um sério contratempo veio retardar os trabalhos da codificação, ansiosamente esperada: a morte de Dr. João Mendes, que teve lugar em 1434 ou no ano seguinte.

---

4 *Os filhos de D. João I* – 3ª ed. – (1914), p. 148.

5 O tempo do seu reinado – de 1433 a 1438 – caracterizou-se na história pela fome, pestes e o desastre de Tânger, vindo ele mesmo a falecer de peste em Tomar, inesperadamente, sendo o seu corpo depositado no Convento da Batalha.

O novo monarca, porém, não podia deixar cair no esquecimento o que vinha preocupando os homens verdadeiramente superiores do seu país e, por isso, no seio do seu próprio Conselho, encontrou quem pudesse substituir o jurisconsulto falecido. Foi encarregado o Dr. Rui Fernandes, de continuar nos trabalhos e, auxiliado pelo Corregedor de Lisboa D. Lopo Vasques e pelos Desembargadores do Paço Fernão Rodrigues e Luís Martins, levou a tarefa a bom termo, dando o código por terminado dentro do prazo de dez anos.

Com o falecimento repentino do infeliz D. Duarte, sucedeu-lhe no trono seu filho D. Afonso V, que tinha então, apenas seis anos de idade, ocupando, porém, a Regência o Infante D. Pedro[6], não obstante as preocupações da rainha em pretender arredá-lo da direção dos negócios públicos, pela suposição de que o magnânimo irmão e amigo do seu marido pretendia usurpar o trono do pequenino rei. A lutas que se desencadearam por esse motivo, a princípio provocadas pela rainha viúva D. Leonor de Aragão e, depois, pelo próprio Afonso V contra seu tio e sogro, perturbaram naturalmente a marcha regular dos trabalhos, de forma que somente em 28 de julho de 1446 ficou pronto o código que, em homenagem ao rei, recebeu a denominação de *Ordenações Afonsinas*[7].

As *Ordenações Afonsinas*, se por um lado representam a condensação perfeita e completa das idéias jurídicas em Portugal, ao tempo de sua organização, por outro lado, indicam como os legisladores encarregados de sua preparação conheciam os grandes monumentos jurídicos que dominavam então como verdadeiros instrumentos de civilização.

---

6 Codex vero Patriarum Legum, sub Joanne I, et Oduardo institutas, sub Alphonso V opera, et studio Petri, Portugallio Infantis, qui illius nomine Regnum tenebat, in lucem tendem prodiit, a quo, veluti fonte, posteriores omnes Codices manarunt. – Melo Freire – *Historia Juris Civilis Lusitani* – § LXX.

7 D. Afonso V era então uma criança de 14 ou 15 anos, mas, já revelava alguns defeitos do seu caráter, principalmente a ingratidão, que no dia 20 de maio de 1449 chegou ao extremo de fazer com que suas forças se defrontassem com as de seu tio, sogro, tutor e amigo D. Pedro, Duque de Coimbra, em Alfarrobeira, perto de Lisboa (*Vila Franca de Xira*), onde o ilustre Infante, tradutor do *De officiis* de Cícero, veio a falecer ao ferro dos soldados do rei menino, sendo confiscados os bens dos seus leais companheiros (Ord. Af. – L. 5º, T. 120, pr.).

Pelo confronto das disposições das *Ordenações Afonsinas* com os monumentos jurídicos então de maior renome, se verifica que os compiladores procuraram subsídios em múltiplas fontes, tais como: as *Decretais de Gregório IX*, as *Sete Partidas de Afonso X* e o *Corpus Juris Civilis*, isto quanto aos princípios gerais, embora não obedecessem cegamente a essas fontes.

Na edição publicada na Real Imprensa da Universidade de Coimbra em 1792, por força da *resolução* de *S. Majestade de 2 de setembro de 1786*, encontra-se uma prefação, sem assinatura, porém, provavelmente escrita por algum dos professores da Universidade, em que se faz o histórico do monumento, assinalando-se fatos explicativos e indicando-se sinteticamente as fontes principais das suas disposições. Aí se diz que essas fontes eram principalmente: I – as *Leis* promulgadas desde o Reinado de D. Afonso II, até D. Afonso V, nada mais existindo de data anterior a não ser a notável *Carta de Foro*, dada pelo Rei D. Afonso Henrique aos mouros forros de Lisboa, Almada, Palmela e Alcácer, que está transcrita no L. 2º, T. 99; II – os *Capítulos das Cortes* celebradas desde o tempo de D. Afonso IV por diante; III – o *Direito Romano* interpretado pelos glosadores antigos e adotado pelos compiladores em muitos títulos, que fixaram de novo, para completar o seu sistema e suprir a falta de legislação própria em certas matérias; IV – as *Concordatas dos Reis D.Dinis, D. Pedro I* e *D. João I*, feitas com o *Papado* e *Eclesiásticos do Reino*, com as quais se formaram os sete primeiros títulos do livro 2º.

Além destas quatro séries de fontes, que contribuíram com maior cópia de subsídios, pode-se também indicar o *Direito Canônico*, as *Sete Partidas*, os antigos *Costumes*, registrados nos *Assentos da Chancelaria*, os *Estilos*, os *Costumes da Câmara de Lisboa*, a *Carta de fretamento dos Navios da Câmara do Porto*, etc[8].

Quanto à divisão da compilação, foi adotada a de *livros, títulos, princípios* e *parágrafos*, designando-se os números *livros* e *títulos* por algarismos romanos e o dos *parágrafos* por algarismos arábicos.

As *Ordenações Afonsinas* estão divididas em cinco *livros*, dos quais o I tem 72 *títulos*, o II 123, o III 128, o IV 112 e o V 121. As maté-

---

8 Vide Coleção da Legislação antiga e moderna do Reino de Portugal – Parte I – da Legislação antiga – *Ordenações do Senhor Rev. D. Afonso V* – Prefação – p. VI e VII.

rias estão distribuídas mais ou menos em ordem, parecendo que os compiladores tiveram em vista, além dos monumentos acima indicados, obedecer à colocação das matérias adotadas pela *Lei das XII Tábuas* e pelo *Edito de Sálvio Juliano*, objetos então, de profundos estudos em toda a Europa, provocados pela renascença da cultura jurídica, conseqüente dos trabalhos de Accursio e Bartolo.

Foi assim que, no livro I, estabeleceram as regras da organização judiciária e das funções de certas autoridades, começando pelos *Regedor* e *Governador da Casa da Justiça em a Corte d'El-Rei* e terminando com o *Regimento do Chanceler, Meirinho e Porteiro das Correções das Comarcas.*

Ao começar o título I do livro I, há uma exposição preliminar em que se explica como foram organizadas as Ordenações, exposição que vai transcrita textualmente em Apêndice[9].

No livro II forma reunidas as leis que se ocupam das jurisdições próprias e dos donatários, das pessoas e dos bens dos eclesiásticos, dos Direitos Reais, maneiras de administrá-los e arrecadá-los e, finalmente, as disposições liberais a favor dos judeus e dos mouros[10].

Tudo quanto diz respeito à Ordem Judiciária faz parte do livro III, começando pelas disposições relativas às citações e maneira de fazê-las e terminando pelas disposições relativas à restituição dos menores, ao que nega estar em posse, etc.

---

9 Apêndice XXII.

10 "O direito achava-se, nesta espécie, diz Oliveira Martins" – cit. – *Os Filhos de D. João I.* – p. 187 – constituído pelas duas leis de D. Dinis: a primeira de Coimbra, de 1º de janeiro de 1294 (E. 1332), a segunda de Santarém, de 27 de julho de 1324 (E. 1362). Aí se estabelecia a doutrina das testemunhas mistas determinando-se que em pleito de cristão contra judeu, quando o autor desse testemunha cristã, o réu tivesse de fazer outro tanto. O réu cristão podia sustentar a exceção com testemunhas, exclusivamente de sua crença: não o podia, porém, o judeu. O testemunho exclusivo de judeu não valia em pleito de judeus, nem entre cristãos, sem vir corroborado por depoimento de cristão, salvo em casos excepcionais de crime de morte. Em compensação de todas estas incontestáveis inferioridades, os judeus gozavam da regalia concedida por D. João I, de não poderem ser contrangidos a ir às audiências ao sábado.

O livro IV trata de matérias concernentes ao direito das obrigações, ao direito de família, inclusive as tutelas e curatelas, e ao direito das sucessões. É a parte mais importante de toda a compilação.

Os grandes institutos jurídicos foram aí modelados, atendendo, ao mesmo tempo, a tríplice ordem de fontes: I – os *costumes*, cuja autoridade se impunha aos compiladores; II – a *legislação*, representada por uma multiplicidade de fórmulas, como os *forais*, as *leis gerais*, a *jurisprudência* firmada nos julgados; e, finalmente, III – o *Direito Romano* e o *Direito Canônico* que forneceram a parte propriamente científica, esclarecida pelos *mestres de leis*, *letrados* e *entendidos* que já se aninhavam na gloriosa Universidade de Coimbra.

O livro V era o código penal e criminal, abundante e copioso amontoado de incongruências e crueldades, muitas das quais incompatíveis com o relativo progresso daquele tempo.

É para notar que tendo as *Ordenações Afonsinas* entrado em execução em 1446, ou, no máximo, no ano seguinte, contenha o livro V, como parte componente, os títulos 120[11] e 121[12], que são leis de D. Afonso V, de 14 de julho de 1449 e de 27 de maio de 1454. Estes títulos foram naturalmente adicionados por algum copista, ou mesmo, por ordem superior, acrescentados ao texto primitivo, da mesma sorte ao que ocorreu com muitos dos monumentos da legislação codificada de Roma, parecendo, todavia, obra espontânea do copista, porque do próprio texto do livro V, título 119, se deve concluir que aí terminava a compilação, não só porque foi aí escrita a fórmula laudatória – "*Laus Tibi Sit Christi, Quum Liber Explicit Iste*" – como também, porque o § 31, e último, desse título 119, diz textualmente assim:

"Foi acabada esta obra na Vila da Arruda aos vinte e oito dias do mês de julho, Ano do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo de mil quatrocentos e quarenta e seis anos, pelo Doutor Rui Fernandes, do Conselho do muito Alto, e muito Excelente Príncipe, e muito Poderoso Rei Dom Afonso o Quinto nosso Senhor, ao qual foi primeiramente encomendada pelo muito Alto Príncipe e muito excelente Senhor Rei Dom

11 A epígrafe está concebida nestes termos – "*Dos que foram na Batalha da Alfarrobeira contra serviço d'el-Rei*".

12 Aqui a epígrafe é esta: "*Da declaração das Leis sobre as barregãs dos Clérigos*".

Eduarte seu Pai, de louvada e famosa memória, e depois de seu falecimento pelo muito famoso Príncipe, e magnífico Senhor Infante Dom Pedro, Duque de Coimbra, e Senhor de Monte-Mor o Velho, em nome do dito Senhor Rei Dom Afonso nosso Senhor, como seu Curador, e Regedor por ele de seus Reinos, e Senhorio. E se aos Sabedores a dita obra não parecer assy bem e estudiosamente pensada e composta, como a tão alto feito e de tão grande substância requeria, culpem e repreendam o dito Doutor, que dela foi compilador, e principal obrador; e de outra guisa seja dado louvor e glória ao Todo Poderoso Nosso Senhor Deus, que sem graça e ajuda sua, obra alguma meritória não pode ser trazida a boa perfeição. *Ergo* seja louvado para todo o sempre. Amém."

Diante destas palavras, não deve haver dúvida, nem relativamente à data em que Rui Fernandes deu por finda a sua missão (28 de julho de 1446), nem que o seu trabalho terminou exatamente com as palavras acima transcritas e não com os títulos 120 e 121.

As *Ordenações Afonsinas* vigoraram pelo menos 75 anos – de 1446 a 1521 –, espaço de tempo relativamente curto para a vida de um monumento legislativo de tamanha importância e real magnitude, máxime para aqueles tempos, em que as leis não se faziam com o açodamento e imperfeição dos nossos dias.

Não obstante essa importância e magnitude, tendo sido, como foi realmente, o primeiro código sistematicamente organizado em Portugal, ignorado e desconhecido esteve ele durante muito tempo.

Bentham[13], por exemplo, não o conhecia, pois, assegura que os primeiros códigos promulgados na Europa foram o dinamarquês em 1683, o sueco em 1734, o prussiano, conhecido geralmente por código *Frederico*, em 1751 e, finalmente, o *sardo* em 1770. E não admira que assim acontecesse, porque, em Portugal mesmo, depois de sua substituição pelas *Ordenações Manuelinas*, foi ele caindo no olvido, até ficar inteiramente esquecido.

Com o advento, porém, do governo de D. José I, *o reformador*, e da colaboração de Sebastião José de Carvalho e Melo, Marquês de Pombal,

13 "*Vista geral de um Corpo completo de Legislação*" – Cap. 31; Cândido Mendes – cit. *Código Filipino* – Intr. – p. XXI.

em todos os atos administrativos do ilustre filho de D. João V, Portugal como que renasceu para as letras e para a cultura do direito nacional e as velhas *Ordenações Afonsinas* foram procuradas e encontradas em partes diversas, no *Real Arquivo da Torre do Tombo* (livros II, III e IV), na *Câmara de Santarém* (livros I, II, IV e V), no *Convento de Santo Antônio da Marciana* (livros I e III), na *Biblioteca do Mosteiro de Alcobaça* (livro II) e, finalmente, na *Câmara do Porto* (livros I, II, IV e V).

Foram estes manuscritos que serviram para a reconstrução do notável monumento, pela gloriosa Universidade de Coimbra, mãe fecunda do vigoroso espírito da nobre nação portuguesa, cuja figura avulta na história, cercada por um halo de brilhante e intensa civilização jurídica.

ORDENAÇÕES MANUELINAS – Morto D. João II, o *príncipe perfeito*, filho de D. Afonso V, e não tendo descendente, pois, o seu único filho falecera em um desastre, subiu ao trono D. Manuel I, cognominado *o venturoso*, cujo governo durou 26 anos, de 1495 a 1521.

Filho de D. Fernando, Duque de Viseu, e de D. Beatriz, infanta de Portugal, D. Manuel I bem mereceu o cognome de *venturoso*, porque, sob o seu governo, acontecimentos extraordinários encheram a história da gloriosa nação portuguesa.

As descobertas do *caminho das Índias* por Vasco da Gama, em 1498, da *Terra Nova*[14] por Gaspar Corte Real e do *Brasil* por Pedro Álvares Cabral, em 1500, foram acontecimentos de uma importância enorme para a vida de Portugal e, também, para toda a Europa.

Verdadeira época de renascimento, que teve seu início com a fundação da dinastia de Aviz e se foi desenvolvendo nos reinados de D. Duarte, D. Afonso V e D. João II, chegou à culminância com D. Manuel I, transformando o velho reino em uma das mais poderosas nações da Europa. Lisboa tornou-se um grande centro de atividade mercantil, literária e artística.

Facilitada a navegação, com o auxílio e emulação do próprio monarca, as riquezas do Oriente afluíram para a capital do reino, ora con-

---

14 Também chamada – *Terra Verde, Terra do Lavrador, Terra Anunciada,* mais tarde *Tarde do Bacalhão* e, finalmente, *Canadá.* Veja-se Oliveira Martins – *Portugal nos Mares* – p. 250 e seguintes.

duzidas pelo comércio, ora arrebatadas pelas conquistas de Afonso de Albuquerque, Duarte Pacheco e outros, que assolaram a Índia e dela fizeram um manancial inesgotável para as finanças do Estado.

Esta prosperidade econômica, porém, dizem os historiadores, era aparente, porque, embora os cofres do erário andassem abarrotados, o povo vivia na penúria, agravada pelo peso esmagador de tributos extorsivos.

Ao lado ou acima dessa prosperidade econômica e financeira, a inteligência da raça se fez sentir em uma admirável série de manifestações e formas diversas.

O encanto da palavra escrita se impôs e brilhou com Gil Vicente, o fecundo fundador do *Teatro Nacional*[15]; com Bernardim Ribeiro, *rouxinol das saudades*, na frase de um poeta moderno, e delicado criador da *Poesia Bucólica*[16]; com Garcia de Resende, o trovador da *Miscelânea* e ilustre cronista do *Príncipe Perfeito*; com Damião de Góis, o amigo de Lutero e Paulo III, que nos deu preciosos dados para a história de seu tempo; com João de Barros, o helenista e historiador das *Décadas*; com Álvaro da Fonseca, Guilherme e Diogo de Gouveia, sábios reitores da Universidade de Paris; com *Antônio Gouveanus*, o admirável jurista que tanto honrou as letras jurídicas ensinando várias cidades da França e da Itália, deixando, em cada uma, fama e reputação inexcedíveis, e tantos e tantos outros.

Na pintura apareceram Cristóvão de Figueiredo, cujos quadros – *Deposição de Cristo no Túmulo*, e *Adoração dos Magos*[17], constituem ver-

15 Espírito brilhante e trabalhador incansável, Gil Vicente deixou copiosa bagagem literária, representada em 46 peças teatrais, escritas em português e espanhol. A sua obra-prima, admirada na Península Ibérica, foi comédia – *Inês Pereira* –, trabalho de valor e revelador de um alto senso crítico e de conhecimentos perfeitos dos costumes e da linguagem do seu tempo. O tema da peça era o provérbio muito conhecido em Portugal – "*Mais quero asno que me leve, que cavalo que me derrube*".

16 Bernardim Ribeiro, inspirado poeta, de uma doçura admirável, relembrava, em Portugal, o célebre *mantuano*, autor das *Bucólicas*, como este relembrava, em Roma, Teócrito e Homero. A sua obra-prima foi a novela denominada – *Menina e Moça* – em que canta a beleza de *Aônia*, com um singeleza de linguagem e tão terna melancolia que bem contrastam as formas literárias e as idéias dominantes de sua época em poesia.

17 Estas duas preciosidades artísticas estão cuidadosamente guardadas em Lisboa, no Museu Nacional de Arte Antiga e foram reproduzidas na – *História da Colonização Portugeusa no Brasil* – vol. I, fasc. V.

dadeiras maravilhas de cor e desenho; Gaspar Vaz, com a *Virgem de Tarouca*; Jorge Afonso, com *Santa Maria das Neves*, e tantos outros pintores de talento, inspirados na arte flamenga e romana, que tornaram de Lisboa e Coimbra centros de grandes e numerosos mestres.

Na arquitetura, o gênio criador sobrelevou-se e assumiu tal importância, que chegou a inventar o chamado *estilo manuelino*. A *Torre de Belém* e o *Mosteiro dos Jerônimos*, obras formidáveis de Boitaca, Jerônimo de Ruão, Diogo de Torralva e de muitos outros genuínos portugueses, que, como Mateus Fernandes nas *Capelas Imperfeitas do Mosteiro da Batalha*, João de Castilho no *Convento de Tomar*, Fernandes de Évora na *Misericórdia de Lisboa*, fizeram palpitar na pedra a gloriosa história de uma época e perpetuar nos traços fisionômicos das figuras a grandeza moral, a audácia poderosa e o patriotismo forte da gente lusitana.

Não é, pois, para admirar que um povo que já atingira a esta civilização e esplendor, que um povo de origem romana escapasse à lei imperiosa do aperfeiçoamento das instituições jurídicas, ao princípio atávico da acentuada propensão dos portugueses para a cultura do Direito.

Tendo ligado o nome do seu país à Ásia e à América, com aquelas descobertas, o Rei venturoso quis também assinalar a sua passagem pelo trono com um monumento de *leis*, que considerava o melhor sustentáculo das *armas* e a maior segurança do Estado[18]. E assim fez.

Organizadas as *Ordenações Afonsinas* e serenadas as lutas políticas, conseqüentes à sucessão de D. Duarte por seu filho Afonso V, muitas leis foram publicadas, alterando, corrigindo e suprimindo disposições

18 Veja-se o Prólogo das *Ordenações Manuelinas* – Apêndice XXIII.
Para bem avaliar o que foram 26 anos do governo de D. Manuel I, principalmente no que diz respeito às manifestações de inteligência, veja-se o precioso trabalho de Júlio Dantas – *Era Manuelina* – Fasc. V e VI da cit. *História da Colonização Portuguesa do Brasil* –, em cuja primeira página o ilustre poeta português sintetiza esses 26 anos como de "*tumulto heróico, riqueza magnífica, esplendor ofuscante do Portugal de D. Manuel, – que atroou o mar com a artilharia das suas naus, que deslumbrou Paris com a ciência dos seus doutores, que confundiu Veneza com a opulência do comércio, que saudou Roma, a Roma vermelha de Leão X, a Roma augusta de Miguel Ângelo, mandando-lhe o focinho hirsuto das suas onças e a tromba orgulhosa de seus elefantes!*"

do *Código Afonsino*, prosseguindo este trabalho de *diástole jurídica* no governo de D. João II e no do próprio D. Manuel, o que importa dizer que a compilação levada a efeito definitivamente pelo Dr. Rui Fernandes, devido às inúmeras modificações sofridas, que lhe desfiguravam a composição e a unidade lógica, estava exigindo a necessária *sístole* para atender aos reclamos da época e ao natural desenvolvimento dos institutos jurídicos.

Dominado, durante os primeiros anos de seu governo, pelas preocupações de assentar as bases de sua estabilidade e, depois, de regular as conseqüências do enorme desdobramento dos domínios territoriais anexados ao reino, procurou D. Manuel dar começo às reformas da legislação e à organização de um novo *código de leis*, sistematicamente constituído.

Não se sabe com certeza qual a data em que teve início a confecção das *Ordenações Manuelinas*, mas, de várias passagens da *Crônica de Damião de Góis*[19] e de uma obra do *Bispo Jerônimo Osório*[20], se infere que os trabalhos começaram ou, pelo menos, foram ordenados no ano de 1505[21]. Encarregados desse serviço o Chanceler-Mor Rui Boto, o Licenciado Rui do Grãa e o Bacharel João Cutrim[22], deram princípio aos seus trabalhos,

---

19 *Crônica do Senhor Manuel* – Part. I, Cap. 94 e Part. 4, cap. 86. o célebre cronista diz textualmente assim: "*El Rey D. Manuel foi naturalmente amador da honra, e desejoso de deixar de si memória e boas Leis, e Foros a seus sujeitos, e Vassalos: começou neste ano [1505] um negócio de muito trabalho, que foi mandar reformar as Leis, e Ordenações antigas do Reino, e acrescentar algumas coisas, que parecerão necessárias*".

20 *De rebus Em.* L. 4 – Aludindo a certos acontecimentos que se verificaram no ano de 1505, diz o Bispo Osório – *"Eodem anno Rex leges multas vetuftis legibus addidit, antiqua inftituta correxit"*. Comparado este trecho com o de Damião de Góis, parece resultar que a confecção das leis antigas foi exatamente o que deu lugar à confecção das *Ordenações Manuelinas*.

21 Várias outras referências conduzem à convicção da exatidão do ano aludido, como a de Mariz – *Diálogos* – 4, Cap. 13 e 19 – Bento Cardoso Osório – *Alegação de Direito a favor do Morgado de Belas* – Part. 2, nº 182. Cit. ed. de 1797.

22 A Carta Régia de 9 de fevereiro de 1506, dirigida de Almirim, por D. Manuel, a Rui Boto e seus companheiros, não deixa dúvida de que foram estes os *únicos compiladores*.

que concluíram também em data incerta, mas, provavelmente, entre agosto de 1511 a maio de 1512[23].

Outra dúvida é a relativa à data da primeira edição impressa do monumento. Na *Torre do Tombo*[24] existiam, em 1797, quando se organizou uma edição especial, por força da Resolução de 2 de setembro de 1786[25], entre as mais antigas *Ordenações Manuelinas* as que foram publicadas em 1514; mas, estas mesmas continham a declaração de que eram impressas pela *segunda* vez, *com correções*, o que convence da existência de edição anterior, reimpressa em virtude de emendas e alterações e não pelo simples fato de se haver esgotado a primeira.

O abade Diogo Barbosa Machado afirma, porém, que as Ordenações Manuelinas foram impressas pela primeira vez, em 1512, por João de Kempis, estabelecido em Lisboa[26]. Embora esta afirmativa possa parecer suspeita, pelo fato de haver o abade se revelado pouco conhecedor da história da legislação, deve, entretanto, ser aceita como verdadeira, não só porque é expressa no fato, como também porque a probidade do escritor o autoriza, acrescendo as circunstâncias de verossimilhança consistentes nas considerações, acima apontadas, de ter sido a compilação concluída entre fins de 1511 e começos de 1512 e de datar a sua segunda edição do ano de 1514, havendo, por isso, de permeio, pouco mais de um ano[27].

---

23 Várias razões autorizam esta afirmação, parecendo-nos a mais precisa a que decorre dos Assentos de 29 de agosto de 1511 e de 6 de maio de 1512, aquele designando, como fundamento de uma decisão, penas estabelecidas nas *Ordenações Afonsinas*, sem referência alguma *à nova* Ordenação, e este, ao contrário, mencionando um dispositivo das mesmas Ordenações, porém, com a adjetivação de *antigas*.

24 Chama-se assim, em Portugal, *o arquivo público nacional*, outrora instalado no castelo de Lisboa, na *torre* denominada do *tombo*, e hoje no Convento *de São Bento*, da mesma cidade.

25 Citada acima, quando aludimos à edição publicada pela *Real Imprensa da Universidade de Coimbra*, de monumentos da legislação antiga.

26 Artigo – *João d'Aregas* – *Biblioteca Lusitana* – Tom. I, p. 712 – Vid. *Ordenações do Senhor Rei D. Manuel* – ed. De 1797 da *Real Imprensa da Universidade de Coimbra* – vol. I – Prefação – p. X e XI.

27 Melo Freire – cit. *Hist. Juris Civilis Lusitanis* – Cap. VIII – § LXXIV – not. – diz textualmente assim: *"Quando primum prodierit Emmanuelis Codex, quinque etiam*

Quando a Universidade de Coimbra cuidou, em 1797, da reimpressão do monumento que possuímos, só existiam, da edição de 1514, cinco exemplares, que se encontravam, então, na *Livraria do Príncipe Nosso Senhor*, no *Real Arquivo da Torre do Tombo*, na *Livraria de Santa Cruz de Coimbra*, na do *Desembargador Manuel da Costa Ferreira* e na do *Ilustríssimo Monsenhor Hasce*, sendo que este último foi o exemplar que serviu de fonte à edição universitária conimbricense.

Esta edição, não obstante revista, corrigida e emendada pelos próprios autores da compilação, não satisfez inteiramente ao preclaro monarca, que desejando perpetuar seu nome, também como legislador, tudo empregou no sentido de aperfeiçoar e completar a obra que iniciara, chegando até a recomendar em seu testamento, feito em 1517, que se não abandonasse o trabalho da coordenação e correção dos *Forais* e das *Ordenações*, receoso, sem dúvida, de que a magnitude e extensão dessa obra exigissem tempo muito maior do que supunha ainda restar-lhe de vida, embora contasse, então, apenas 48 anos de idade.

Governo de notável atividade e zelo na administração pública, muitas foram as leis publicadas depois da edição de 1514 e muitas outras eram as anteriores que não tinham sido contempladas nesse trabalho e impunham ao monarca uma nova e definitiva coordenação, que as atendesse convenientemente. Este intuito foi obtido com a impressão levada a efeito por – "*Jacobo Cröberguer Alemão; aos onze dias do mês de Março de mil quinhentos e XXI*" –, como está escrito no fim do Livro V da referida edição[28].

---

libris constans, mihi dubium omnino est, atque incertum. Antiquissimus, quem vidi, in duos tomos divisus, in publico Regni tabulario asservatus, integer quidem editus est a Joanne Petro Bonhomini Olixpone ann. 1514, liber tertius 11 Martii liber quartus24 Martii, liber quintas 28 Junii" – O sábio mestre alude também ao erro dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* (L. II, T. III, Cap. IX, § X, nº. 4) quanto à publicação do primeiro volume em 1513, bem como às edições, posteriores à *definitiva* (1521), que apareceram em 1526, 1539, 1565 e a última, em 1797, que é a que possuímos.

28 No exemplar da edição conimbricense de 1797 vem, antes do texto legal, uma exposição sobre as *Fontes Internas do Código Manuelino de 1521*, seguindo-se-lhe uma relação confrontativa das disposições das edições de 1521, 1514, e das *Leis Extravagantes* e os *índices* ou *tavoadas* da edição de 1514, terminando estas com as seguintes

Apesar de tão explícitas palavras, os *Estatutos da Universidade de Coimbra* cometeram um erro de data, dizendo que somente os três últimos livros foram publicados em 1521 e que os dois primeiros vieram à luz em 1513, o que não pode ser verdade, por inúmeras razões, das quais é decisiva a que consiste no fato de estarem incorporadas, ao L. II, T. 37, §§ 9º e seguintes, disposições da Lei de 31 de março de 1520 e, ao T. 45 e §§, disposições das Leis de 6 de outubro de 1517, de 31 de janeiro e de 15 e 27 de fevereiro de 1520[29].

Como as *Ordenações Afonsinas*, foram as *Manuelinas* divididas em cinco *livros*, os livros em *títulos* e estes em uma *epígrafe*, um *princípio* e *parágrafos.*

O objeto dos *livros* é quase o mesmo das *Ordenações Afonsinas*, como facilmente se verifica cotejando as *epígrafes* respectivas.

Entretanto, operaram os compiladores várias e importantes modificações, como a supressão dos nomes dos autores das leis, alteração da ordem das matérias e da distribuição dos *títulos* e *parágrafos.* À proporção que iam sendo feitas as adaptações, melhoraram a linguagem e, logo depois de publicadas a primeira e segunda edições, foram fazendo muitas outras correções, introduzindo dispositivos de leis antigas que não tinham sido atendidos na compilação, bem como de leis posteriores às referidas edições, dando lugar a tantas modificações e aperfeiçoamentos, que somente depois da edição de 1521 se considerou o trabalho de codificação definitivamente concluído e organizado o código novo[30].

---

palavras: – *"Acabou-se de imprimir o quinto livro das ordenações, corrigido e emendado pelo doutor Rui Boto, chanceler-mor desses reinos e senhorios, por mandado, autoridade e privilégio do Rei nosso Senhor: em Lisboa por João Pedro Bomhomini aos XXVIII dias de junho de mil quinhentos e quatorze".*

29 A primeira das *Ordenações* indicadas tem como epígrafe as seguintes palavras: – *"Da pena que aueram os que trouxerem as armas, que não lhe pertencem. E dos que tomam Dom, ou apelidos de linhagens, não lhes pertencendo. E dos que se nomeiam por Fidalgos não o sendo".*

30 Cândido de Oliveira – Cit. *Curso de Leg. Comp.* – lic. 7ª, – p. 71 –, afirma que a compilação manuelina *"foi quase uma edição corrigida e aumentada da compilação de 1446".*

As fontes próximas que prestaram subsídios à organização do monumento manuelino foram, como dissemos, as *Ordenações Afonsinas* e a legislação posterior a 1446, promulgada pelos Reis D. Afonso V, D. João II e pelo próprio D. Manuel I, compreendendo um lapso de tempo correspondente a 74 anos.

As fontes remotas poderiam ser indicadas reunindo-as em quatro grupos diferentes, como se vê do que dissemos relativamente às *Ordenações Afonsinas* e da influência científica exercida no espírito dos compiladores pelo *Direito Canônico*, pelas *Sete Partidas de Afonso X*, pelos *Assentos da Chancelaria*, pelos *Estilos*, pela *Jurisprudência dos Juízos* e pela ação combinada dos *Costumes* e *Forais.*

As *Ordenações Manuelinas* eram, como a legislação de que provinham, um código, ao mesmo tempo, de Direito Público e de Direito Privado, posto que em sua maior parte contivessem disposições reguladoras das relações determinadas pelos institutos privados, como a *família*, a *propriedade*, as *obrigações* e a *sucessão.*

Quanto à matéria de Direito Público, regulavam a *administração da justiça*, o *processo civil* e *criminal*, os *crimes* e *penas.*

A *família*, dominada pelos princípios da Religião Cristã, tinha por fundamento o *casamento religioso* e embora a Igreja Católica ainda não houvesse regulado completamente o assunto em disposições sistematizadas, a intervenção do Estado em ato de tamanha importância era reduzida ao que dizia respeito aos efeitos jurídicos[31], ficando a celebração dependente das leis canônicas.

Rigorosamente, porém, esta afirmação não corresponde à verdade dos fatos, salvo se dermos à expressão – *corrigida e aumentada* – um significado que comporte todas as adaptações de leis antigas e modernas realizadas na edição de 1521, bem como as supressões de vários dispositivos existentes no *código afonsino.*

31 Foi o Alvará de 1º de setembro de 1564 (reinado de D. Sebastião) que reconheceu a autoridade e mandou observar o *Sagrado Concílio Tridentino* em todos os domínios da Monarquia Portuguesa. A legitimidade deste Alvará é posta em dúvida pelo fato de ter sido promulgado pela influência dos padres da Igreja a serviço da Companhia de Jesus, o que, na opinião de do Marquês de Pombal, tornava-o – *"nulo e de nenhum efeito"*. São desta opinião Melo Freire e Borges Carneiro, contra Almeida e Sousa (Lobão) que sustenta ter sido o Concílio recebido geral e indistintamente em sua doutrina.

A *propriedade* e todas as suas manifestações, como a *servidão*, a *enfiteuse*, o *usufruto*, o *uso* e a *habitação*, eram reguladas de acordo com os princípios de Direito Romano, modificado em vários pontos pelas regras estabelecidas nos *Forais*, cuja autoridade, a despeito de todas as formas legislativas, foi em Portugal e na Espanha[32], uma das causas preponderantes que impediram a unidade completa do Direito Privado e a natural evolução das instituições jurídicas que eles deturpavam.

A matéria das *obrigações* era quase exclusivamente tratada no Livro IV, a começar pela *compra e venda mercantil realizada por estrangeiro*, passando logo à *outorga uxória*, à *posse dos bens do casal* por morte do marido, às *doações entre cônjuges*, ao *benefício veleiano*, à *fiança do marido sem outorga da mulher*, à *locação dos serviços* e *soldadas*, às *arras* ou *sinal* na compra e venda, às *modalidades* e *garantias* da *compra e venda*, à *lesão*, à *locação* de *coisas* e *aforamentos*, à *prescrição*, terminando com o que diz respeito às "*vendas que se fazem por algumas pessoas a seus filhos ou netos*".

Como se vê a desordem na colocação e seguimento das matérias é manifesta, sendo também para notar que sempre que os novos compiladores pretendiam melhorar ou corrigir os dispositivos das Ordenações Afonsinas que lhes serviam de *fontes*, eram de evidente infelicidade, obscurecendo muitas vezes o que estava bem claro[33].

A *sucessão hereditária*, quer a *testamentária*, quer a *legítima* ou *ab intestato*, foi também tratada no Livro IV, da mesma forma que nas *Ordena-*

---

32 *A terceira espécie de Forais* da conhecida classificação de Alexandre Herculano – *Apont. para a Hist. dos bens da Coroa e dos Forais* – vol. 6º, pág. 214 –, refere-se especialmente à *propriedade aforada coletivamente*, quer se tratasse de – *herdamentos*, – terrenos dos particulares, também teve grande influência no regime da propriedade imóvel a célebre *Lei Mental* de D. João I, cujas dúvidas foram resolvidas por D. Duarte e as respectivas resoluções incorporadas ao código de D. Manuel (L. 2º, T. 17, §§ 7º e 25).

33 Foi no L. IV que os compiladores colocaram a Lei de 22 de agosto de 1422, da época de D. João I, pela qual operou-se a modificação na contagem do tempo, substituindo-se a – *Era de César* – pelo – *Ano do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo* – em todas as escrituras que tivessem de ser feitas por Tabeliães, depois generalizada a todos os atos jurídicos. Esta *Ordenação* está no L. 4º, T. 51, sob a epígrafe *"Da mudança que se fez da era de César ao do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo"*.

ções Afonsinas, ocupando onze títulos, do 69 ao 79, a começar pela *sucessão dos cônjuges* e terminando com a *colação de bens doados pelo avô ao neto*[34].

O regime da sucessão era o das Novelas 118 e 127 de Justiniano, melhorado pelo *Forum Judicum*, sob a influência das idéias cristãs e dos princípios firmados na legislação visigótica, que encontraram apoio e se radicaram nos costumes dos habitantes da Península Ibérica[35].

A ordem da *vocação hereditária* (*descendentes, ascendentes, colaterais, cônjuge sobrevivente, filho piam* e *irmãos nascidos de danado coito*), toda a matéria dos testamentos (*aberto, carrado (textual), nuncupativo* e *extraordinários*), bem como dos *codicilos, testemunhas necessárias* e *fórmulas a observar*, da *deserdação, querela por inoficiosidade, partilhas*, etc., obedeceram às regras tradicionais já incorporadas às *Ordenações Afonsinas.*

Sintetizando as observações precedentes, podemos assinalar como objetos principais dos *cinco livros* das *Ordenações Manuelinas* o seguinte:

Livro I – com 78 títulos – organização judiciária, especificando detalhadamente as atribuições e hierarquia dos funcionários encarregados da administração da justiça.

Livro II – com 50 títulos – regula as relações entre o Estado e a Igreja, privilégios, deveres e funções dos representantes da comunhão secular e eclesiástica, propriedade de um e outro departamentos, regras sobre direito subsidiário e interpretações dos Forais, etc.[36].

---

34 Como matéria de Direito Criminal colocaram os compiladores no L. V, T. 94, os dispositivos reguladores do *testamento do condenado à morte*, permitido somente para dispor da terça em – *tirar cativos, e em calar órfãos, e em fazer esmolas aos Espritais, e em mandar dizer Missas, e para corrigimento de Mosteiros, e Igrejas.* A sucessão do *Cristão que foi Judeu* é regulada no L. II, T. 42.

35 O regime da *comunhão de bens* entre marido e mulher, a instituição legal do regime da *legítima hereditária* dos herdeiros necessários (*descendentes* ou *ascendentes*) em duas *terças partes* da meação do cônjuge, geralmente conhecida por *terça*, como em Roma era a *quarta* e, depois da Novela 118, passou a ser a *terça*, embora mantida a liberdade de testar, e tantas outras instituições jurídicas que foram admitidas e continuam em nosso Direito Privado, vieram da legislação ou costumes visigóticos.

36 Este Livro é o mais desordenado de todos, parecendo que os compiladores quando achavam que certas disposições não cabiam logicamente em outros Livros, colocavam-nas no II.

Livro III – contendo 90 títulos – é o *Código do Processo Civil e Comercial*, começando pelas *citações*, *ordem do juízo*, *ação*, *reconvenções*, *férias*, *exceções*, *contestação*, *dilações*, *sentenças*, *recursos* (agravos, apelações e embargos) e terminando com a matéria das execuções[37].

Livro IV – com 82 títulos – é o livro das *obrigações*, da *família*, da *propriedade*, da *sucessão hereditária* e da *prescrição*.

Livro V, finalmente, com 113 títulos, é o *Código Penal* e do *Processo Criminal*[38].

Posteriormente à edição definitiva de 1521, foram feitas mais três, uma em 1526, publicada em Lisboa por Germano Galharde Francês, outra, em data e lugar incertos[39], por força do Alvará de 17 de julho de 1533, expedido por D. João III e, finalmente, a última, em 1565, ordenada pela regência durante a menoridade de D. Sebastião, o *Desejado*, e impressa em Lisboa por Manuel João.

Com a morte de D. Manuel I no próprio ano em que foram definitivamente publicadas as suas *Ordenações* (1521), subiu ao trono D. João III, que governou até 1557. Não obstante todas as suas fraquezas, teve o monarca *Piedoso* a verdadeira intuição do valor do vasto e rico pedaço da América que o acaso fizera presente a seu pai e antecessor, cuidando de sua colonização pelo sistema de *capitanias* que havia dado tão bons resultados nas ilhas da Madeira e Açores, de forma que as populações que vinham

---

37 É o melhor ordenado de toda a compilação. Aí nasceu o nosso sistema processual, com todas as suas qualidades e defeitos, sendo justo salientar que as reformas que temos operado, na evolução do nosso processo, nem sempre melhoraram as regras das sábias Ordenações de onde provieram os respectivos institutos.

38 É um amontoado de disparates e incongruências, chegando muitas vezes à severidade das penas e às exceções para sua aplicação às raias do ridículo. Haja vista o que dispõe, por exemplo, o Título 15, que estabelece a pena de morte para *o que fizer adultério,* mas, se for *cavaleiro* ou *Fidalgo de folar* e o marido da adúltera não for nem uma, nem outra coisa, a pena não se executaria sem um mandado do Rei e é claro que o Rei nunca expediria tal mandado.

39 O Alvará designa Luís Rodrigues, livreiro do Rei, para encarregar-se da impressão e é bem possível que este tivesse confiado a missão a João Chrombeger, de Sevilha, que, em 1539, deu à luz uma edição, em que vem, antes do Prólogo, o referido Alvará de 17 de julho de 1533.

para o Brasil traziam como leis fundamentais para reger as suas relações as que se continham no código manuelino.

Mas, como observa Cândido Mendes[40], o furor de legislar como que invadiu o século XVI, em que tudo como que exigia reforma e transformação.

As modificações levadas a efeito nos cursos de Direito da Universidade de Coimbra, em 1537, especialmente no que se referia ao ensino do Direito Romano e Português, como que desbravaram o terreno para um reforma mais radical na legislação existente, de que foi ponto inicial a edição das *Ordenações Manuelinas* de 1565, de que acima tratamos.

Em 1568, D. Sebastião, neto de D. João III, contando, então, apenas 14 anos de idade, foi declarado maior e suas preocupações de menino voluntarioso, no sentido de recuperar as praças da África, absorveram todo o seu espírito e iniciativas governamentais.

Entretanto, seu tio, o Cardeal D. Henrique, compreendendo as dificuldades oriundas da grande *diástole* jurídica já operada em torno das *Ordenações* mandadas organizar por seu pai, ordenou se fizesse uma compilação, designando para este serviço Duarte Nunes de Leão, que nada mais fez senão reunir as Leis Extravagantes promulgadas depois das *Ordenações Manuelinas*. Pronto o trabalho, foram encarregados de sua revisão vários juristas da época, figurando como o de maior valor o Regedor Lourenço da Silva.

Esta compilação é geralmente conhecida pela denominação de *Código Sebastiânico*. Contém *Leis*, *Provisões*, *Assentos* e *Decisões da Casa de Suplicação* e foi aprovada, com força de lei, pelo Alvará de 14 de fevereiro de 1569. Não obstante este Alvará, o *Código Sebastiânico* não logrou a importância e autoridade que tinha em vista o Cardeal quando o mandou organizar. Isto explica o fato de continuarem as *Ordenações Manuelinas* a vigorar a seu lado, como se não existisse um novo código, feito exatamente para substituí-las.

As *Ordenações Manuelinas* e o *Código Sebastiânico* tiveram, porém, de ceder lugar à nova codificação, determinada por acontecimentos políticos da máxima gravidade na história do velho Portugal.

40 Cit. – *Código Filipino* – Intr. – p. XXII.

ORDENAÇÕES FILIPINAS – A queda de *Muley-Al-med* do trono de Marrocos e sua substituição por *Abd-el-Melik*, atraíram D. Sebastião, em 1578, para a África e durante muitos anos, os portugueses esperaram que ele voltasse de *Alcacer-Kebir.*

Enquanto dilatava as vistas para a foz do Tejo, na esperança de depararem a entrada das naus triunfantes do *Desejado*, a fraqueza do velho Cardeal D. Henrique ia abrindo, do seu leito de morte em Almeirim, as portas da fronteira da Espanha e por elas entraram os castelhanos, abatendo o orgulho lusitano e, ao mesmo tempo, pondo fim à gloriosa dinastia fundada pelo ilustre D. João I.

Dominado Portugal pelos Filipes da Espanha[41], subiu ao trono o filho de Carlos V, com o nome de Filipe I, tendo governado durante 18 anos, desde 1580 a 1598.

O novo rei preocupou-se, logo ao iniciar o seu governo, com as necessidades da administração da Justiça Pública, promulgando a Lei de 27 de julho de 1582, geralmente conhecida pela denominação de *Lei da Reformação da Justiça*, criando a *Relação do Porto*, a *Chancelaria*, o *Desembargo do Paço*, etc.

Estas providências revelaram as injunções da situação em que se encontrava a legislação do país, principalmente devido às conseqüências resultantes da aceitação, sem restrições, em Portugal, do *Concílio Tridentino*, por força de leis do reinado de D. Sebastião.

Renascido o império do *Direito Canônico* com a adoção do *Concílio de Trento*, a nação portuguesa como que regressava ao tempo de D. Afonso II (1211 a 1223), em que se observara a anomalia do Direito da Igreja prevalecer contra a legislação civil, mesmo quando em assuntos magnos esta fosse contrária àquela.

---

41 Filipe I, 18º rei de Portugal, filho de Carlos V e de Isabel, esta filha de D. Manuel I, assenhoreou-se de Portugal, pondo em prática todos os meios ao seu alcance, desde a força até o suborno, embora invocando o direito de natural sucessor de D. Henrique, como *neto legítimo do Venturoso*, contra D. Antônio, *Prior do Crato, filho natural* do Infante D. Luís e, por isto, também *neto daquele*. Patriota devotado, como demonstrou nas lutas de Alcácer-Kebir e de Alcântara, ferido e derrotado pelo exército do Duque d'Alba, não descansou D. Antônio na faina de reivindicar Portugal para os portugueses em constantes lutas, sendo-lhes sempre adversa a ingrata sorte.

A situação, assim exposta, colocava o *Direito Nacional* e o *Direito Romano*, seu principal inspirador e mestre, em posição de inferioridade incompatível com a autoridade de ambos e intolerável para os *civilistas* e *romanistas*, que eram precisamente os mais hábeis juristas daqueles tempos.

Eis aí a causa fundamental das reformas legislativas empreendidas por D. Filipe I – opor ao *Direito Canônico* a força e a autoridade do *Direito Nacional* e do *Direito Romano*, ambos radicados no espírito dos intelectuais do país, que não se conformavam com a subalternização das leis e princípios cardeais, que consideravam a expressão da genuína vontade nacional e da verdadeira ciência jurídica.

A grande reforma teve início com a Lei de 5 de junho de 1595, mandando – "*fazer uma compilação das Ordenações do Rei D. Manuel e da Legislação posterior*" – e declarando-se, nela, como razão determinante do seu intuito, o fato de andarem as leis fora dos cinco livros das *Ordenações* "*de forma que os Julgadores não tinham delas notícia, do que se seguia às partes grande prejuízo e em algumas havia diversos entendimentos, e por outras não era provido a muitos casos que ocorriam*".

Foram nomeados para se encarregarem da organização do novo monumento legislativo Pedro Barbosa, Paulo Afonso, Jorge de Cabedo e Damião de Aguiar, desembargadores do Paço e todos devotados cultores do Direito Romano, principalmente Jorge de Cabedo, de quem diz Cândido Mendes ser *Romanista ultra.*

D. Filipe I não logrou a ventura de ver traduzido em realidade o seu desejo de dar um novo Código a Portugal, pois, faleceu em 1598, sem que estivesse ainda concluído o trabalho da comissão nomeada.

Substituído no trono por seu filho Filipe II, continuou este a prestigiar a idéia paterna e a estimular os esforços dos compiladores, de maneira que, terminada a codificação revista pelos próprios Jorge de Cabedo e Damião de Aguiar, em companhia dos Desembargadores Melchior do Amaral, Diogo da Fonseca e Henrique de Sousa, foi o trabalho publicado sob a denominação de *Ordenações Filipinas*, confirmado e mandado observar pela Lei de 11 de janeiro de 1603.

Como as precedentes de D. Afonso V e de D. Manuel I, as *Ordenações Filipinas* foram divididas em *cinco livros*, os livros em *títulos* e estes em um *princípio* e *parágrafos.*

A ordem das matérias é quase a mesma das anteriores, embora melhoradas a sistematização dos institutos e a adaptação dos princípios de Direito Romano, hauridos na legislação justiniana e explicados pelos ilustres juristas da Escola dos Glosadores.

Vejamos, agora, ainda que rapidamente, como os compiladores aproveitaram o material existente e aplicaram o Direito Romano na organização do monumento, que foi a fonte principal do nosso Direito até a promulgação do Código Civil Brasileiro.

O código filipino é uma compilação de regras de Direito Público e de Direito Privado.

O *Direito Judiciário*, as *Leis Processuais*, quer para o *cível*, quer para o *crime*, e os fundamentos do *Direito Administrativo* ocupam a maior parte do monumento e estão compreendidos principalmente nos livros I, II, III e V.

A organização judiciária obedeceu ao critério já adotado nas *Ordenações Manuelinas*, não só em relação à denominação das autoridades, como também em relação à hierarquia e natureza das funções respectivas. *Regedor, Chanceler-mor, Desembargador do Paço, dos Agravos e Apelações, Corregedor da Corte, Juízes dos Feitos do Rei, da Coroa e da Fazenda, Juiz da Chancelaria, Promotor da Justiça, Juiz dos feitos da Misericórdia e Hospital de Todos os Santos de Lisboa, Meirinho-mor, Almotacé-mor, Escrivões, Guarda-mor da Casa de Suplicação, Solicitadores, Distribuidores, Tesoureiros dos Depósitos, os Porteiros, Meirinhos, etc., etc.,* tais eram as denominações dadas aos vários funcionários encarregados da administração da Justiça Pública.

Unida a Igreja Católica ao Estado, vivendo ambos sob o regime de interdependência administrativa, muitas funções civis eram confiadas às autoridades eclesiásticas e, por isso, vemos aquelas regras compendiadas no livro II, *principalmente* dispondo sobre *direitos, privilégios, deveres* e *isenções* dos *arcebispos, bispos, abades, priores, clérigos* e outros religiosos, bem como sobre *igrejas, mosteiros, ordens religiosas,* etc.

Para mostrar como este regime refletia o pensamento do legislador e da época, embora notando-se latente preocupação de sobrepor à autoridade eclesiástica o poder da justiça do Estado, basta ver as disposições contidas nos títulos VIII e IX do mencionado livro II, sob as epígrafes – *Da ajuda do braço secular* – e – *Dos casos mixti fori.*

O livro III destina-se às *Leis Processuais* sobre matéria civil, ficando reservado para o livro V as relativas aos feitos crimes.

A ordem das matérias pouco modificou a já adotada nas *Ordenações Manuelinas*, observando-se certo método revelador do espírito prático dos compiladores que puseram os assuntos em uma natural seqüência e clareza das idéias, posto que usassem algumas vezes de minudência desnecessária.

Começaram pelas *citações* e *privilégios de foro*, passando, logo depois, para as *férias*, *regimento das audiências*, *suspeição* e *função dos procuradores*. Desenvolvem-se, em seguida, o *regime das ações*, com minuciosas disposições acerca do *pedido*, *contestação*, *juramento de calúnia*, *autoria*, *exceções dilatórias* e *peremptórias*, *dilações* e *provas*, *sentenças*, *custas*, *recursos* (*apelação*, *agravo*, *embargos* e *revista*) e *execuções*.

No livro V estão reunidas as *Leis Penais* e as do *Processo Criminal*. Além dos delitos já incluídos nas *Ordenações Manuelinas*, muitos outros foram qualificados nas *Ordenações Filipinas*.

Eram severamente punidos os *feiticeiros*, *adivinhos*, *moedeiros falsos*, *benzedores de cães e outros bichos*, *testemunho falso*, *quebra fraudulenta*, *jogos* e *casa de tavolagem*, *cartas difamatórias*, *impressão de livros sem licença do Rei*, sendo no entanto permitidos os castigos ao *criado* ou *discípulo*, ou a *sua mulher*, ou *seu filho*, ou *seu escravo*, *mestre* ou *piloto*, ao *marinheiro* ou *servidor de navio*, *enquanto estiverem sob seu mandado*[42].

Merecedores de especial referência são os títulos 139 a 143, em que o Brasil entra como lugar destinado a *degredo*, e o pior de todos. Os condenados a degredo na África, quando não satisfizessem as penas pecuniárias, teriam o degredo agravado, indo cumpri-lo no Brasil[43], "*e os que houverem de ser degredados para o Brasil, o não serão por menos tempo, que cinco anos. E quando as culpas forem de qualidade, que não mereçam tanto tempo de degredo para a África ou para Castro-Marim, ou para Galés, ou para fora do Reino, ou fora da Vila e termo, segundo as culpas o merecerem*"[44].

---

42 T. 36, § 1º *in fine*.

43 T. 139, pr. e §§ 1º e 5º.

44 T. 140, § 1º.

As matérias de Direito Privado ocupam quase exclusivamente o livro IV, onde o *Direito das Obrigações* e o das *Sucessões* receberam um desenvolvimento mais largo do que o *Direito da Família* e o das *Coisas.*

É assim que a *compra e venda* ocupa os títulos 1 a 21 e 48, – a *locação de coisas* e a de *serviços* têm seus princípios regulados nos títulos 23 a 35, – a *sociedade*, inclusive a *conjugal*, vem tratada nos títulos 44 a 48, – o *depósito*, o *mútuo*, o *comodato* e o *penhor* são objetos dos títulos 49 a 56, – a *fiança*, as *doações*, os *contratos usurários*, os *simulados* e *desaforados*, as *penas convencionais*, os *juros*, a *cessão de bens*, a *prisão por dívida* e as *compensações* estão nos títulos 59 a 78, terminando a parte relativa às obrigações com o título 79, destinado à *prescrição.*

O *Direito das Sucessões* começa, no título 80, pela *sucessão testamentária*, e aí são formuladas as regras atinentes às *solenidades* intrínsecas e extrínsecas dos *testamentos*, *pessoas* que podem ou não podem fazer *testamento*, *espécies de testamento*, *testemunhas* e *codicilos* (títulos 80 a 86); seguem-se as *substituições* (*vulgar, recíproca pupilar, exemplar* e *compendiosa*), *deserdação* e *querela testamentária do irmão* (títulos 87 a 90), havendo disposições especiais sobre a *sucessão dos morgados*, *bens vinculados* e *terras da Coroa* (títulos 100 e 101).

A *sucessão legítima* ou *ab intestato* é regulada desde o título 91 até o 105, dispondo-se depois sobre *partilhas*, *colações*, *usufruto dos bens dos filhos* e *despesas* feitas pela *mãe* com o *filho.* A *tutela*, a *curatela* e as funções respectivas ocupam os títulos 102 a 104, terminando o livro com disposições referentes às *viúvas quinqüagenárias* que contraem novas núpcias, as que se casam antes de completos *o ano e dia da viuvez* e às que desbaratam os bens que possuem (títulos 105 a 107).

Eis aí, em sintética descrição, o objeto das disposições do velho monumento jurídico que, traduzindo o espírito da época e revelando a influência que sobre ele exerceu o Direito Romano, resistiu, durante mais de 250 anos, à projeção das luzes da civilização lusitana e aos mais fortes embates do patriotismo português e, também, brasileiro.

Com a queda dos Filipes, em conseqüência da vitória de 1º de dezembro de 1640, obtida pelo advogado João Pinto Ribeiro, chefe da *conjuração dos quarenta*, da deposição da Duquesa de Mântua, vice-Rainha, e da morte do seu pérfido secretário Miguel de Vasconcelos, seguiu-se a

ascensão ao trono do Duque de Bragança, a quem foram buscar no silêncio da Vila Viçosa e entregaram o governo, com o nome de D. João IV e a ficção de *sucessor imediato* do Cardeal D. Henrique.

As *Ordenações Filipinas* tinham em si mesmas, pela origem, um grave defeito para os patriotas: lembravam a quadra terrível dos *sessenta anos de cativeiro*. Mas, as leis, principalmente as que regem as relações privadas, não se fazem, não se mantêm, nem se revogam por injunções políticas: a história da legislação romana é fecunda em exemplos que comprovam este asserto.

Por isto, o código hispano-lusitano, apesar de sua origem, teve de subsistir durante aqueles dois e meio séculos.

Era, porém, necessário dar-lhe cunho de autoridade e manter sua execução de forma a arredar as suscetibilidades patrióticas melindradas pelo fato dessa origem, muito embora fosse ele uma simples adaptação de leis portuguesas.

Daqui à promulgação da Lei de 29 de janeiro de 1643, na qual D. João IV, depois de vários *consideranda*, disse textualmente: "*Hei por bem, de minha certa ciência, Poder Real e absoluto, de revalidar, confirmar, promulgar, e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco livros das Ordenações e Leis, que neles andam, se cumpram e guardem, como se até o presente praticaram e observaram, como se por mim novamente foram feitas e ordenadas, promulgadas e estabelecidas, em tudo o que não estiver por mim feito em minhas Leis e Provisões, e outras validamente depois delas feitas, praticadas e observadas enquanto não mandar fazer a dita recopilação, e não mandar o contrário*".

Mascarada, assim, a autoridade das *Ordenações Filipinas* com o prestígio da palavra do monarca nacional, nada havia para recear relativamente à unidade do Direito nos domínios da Monarquia Lusitana, principalmente no Brasil, onde, nem mesmo a dominação holandesa havia conseguido abalar esta unidade[45].

Aí temos o grande monumento legislativo que as levas de populações peninsulares trouxeram para este lado do Atlântico e de onde

---

45 Veja-se Carlos de Carvalho – *Nova Consolidação das Leis Civis* – Introd. – págs. XXIV e seguintes.

hibernou durante tantos anos, resistindo vigorosamente à ação do tempo e do meio e contribuindo com valiosos subsídios para a formação do Direito Brasileiro.

Só a força dessa resistência, quando outras qualidades lhe não assinalassem o valor, bastaria para demonstrar que o código de Filipe II não era uma obra de fantasia destinada a resguardar os interesses de uma dinastia nascente, nem um amontoado de leis alheias às necessidades da vida social e aos intuitos da ciência jurídica do tempo em que vigoraram.

LEGISLAÇÃO POSTERIOR ATÉ 1822 – Para mostrar a evolução do Direito em Portugal, desde a fundação da dinastia de Bragança, com D. João IV, até o advento da independência do Brasil, com D. João VI, nesses cento e oitenta e dois anos que vieram de 1640 a 1822, torna-se necessário seguir o critério adotado por Melo Freire[46], dividindo este lapso de tempo em três períodos distintos, que se assinalaram por modificações acentuadas na formação do Direito, isto é: um vem de 1640 a 1750, outro de 1750 a 1778 e, finalmente, o último, de 1778 a 1822.

No primeiro desses períodos, ao lado da legislação codificada nas *Ordenações Filipinas,* imperava o Direito Romano, com as suas duas correntes de intérpretes filiados às Escolas *Bartolista* e *Cujaciana.*

A renovação científica realizada pela *Renascença* em suas múltiplas faces, na *filosofia*, na *crítica literária* e na *lingüística*, principalmente nas línguas *latina* e *grega*, operou um largo e eficaz rejuvenescimento nos estudos dos grandes monumentos das *compilações justinianas*, das *Novelas* posteriores, das *Basílicas* do Imperador Leão, o *filósofo*, e das próprias *glosas* de Accursio.

A promessa da *reformação e nova recopilação das Ordenações com suplemento das leis*, conforme a Lei de 29 de janeiro de 1643, foi ficando, porém, no olvido. Os monarcas que se sucederam durante este período (D. João IV, D. Afonso VI, D. Pedro II e D. João V) não tiveram tempo para cuidar desse magno assunto; uns, porque foram obrigados a sustentar a tremenda luta para manter a independência reconquistada; outros, porque viviam inteiramente desaparelhados de elementos para impedir os desastres

---

46 Cit. *Hist. Juris Lusitani* – Cap. X e XI.

que se vinham repetindo na vida política, administrativa e econômica do país. Estas lutas duraram perto de 28 anos e nelas o patriotismo português escreveu páginas brilhantes, de que são exemplos memoráveis as jornadas de 26 de maio de 1644 (*Montijo*), de 14 de janeiro de 1659 (*Linha de Elvas*) e de 17 de junho de 1665 (*Montes Claros*).

Não obstante isto, latente era o desejo de modificar a legislação organizada pelos reis estrangeiros e a reação contra ela manifestou-se positivamente nas Cortes que se reuniram em 1668, 1674, 1679 e 1697.

Examinando as leis promulgadas dentro desse período, impõe-se, desde logo, como ato digno de lembrança, o Alvará de 10 de março de 1682, do tempo em que D. Pedro II ocupava a regência, pelo qual pretendeu pôr termo à *República dos Palmares*, a forte agremiação de resistência à escravidão da raça negra, sob a chefia de *Ganga Zumbi*. Este Alvará, inspirado evidentemente no Direito Romano, determinava várias providências para chamar os *quilombolas* ao trabalho das propriedades agrícolas, de onde haviam fugido, e, o que é para salientar, assegurava ao escravo a *prescrição do domínio* do seu senhor, no prazo de *cinco anos*, a contar do dia em que voltasse ao convívio do povo.

Do tempo de João V, a não ser o Alvará de 24 de julho de 1713, que providenciava sobre negócios forenses, pouco há a salientar, mesmo porque este monarca operou um retrocesso no curso do poder legislativo, dispensando as Cortes para a confecção das leis, prática que vinha sendo observada, mais ou menos seguidamente, desde 1211, e restabelecendo o império da máxima de Direito Romano formulada nas palavras – *quod Principi placuit, legis habet vigorem.*

Caracterizando a época do governo deste monarca, diz Cândido Mendes[47] que "o perfume de liberdade dos juristas desaparece; o servilismo mais vulgar ocupa as posições; e se transparece alguma liberdade em escrever é nas lutas contra a Santa Sé, que a realeza afaga e auxilia com mais ou menos empenho, segundo permite o estado de suas relações com Roma".

O segundo período foi o mais fecundo em reformas e iniciativas. Subindo ao trono D. José I, o *reformador*, chamou, para auxiliá-lo

---

47 Cit. *Código Filipino* – Introd., pág. XXXI.

na administração, Sebastião José de Carvalho e Melo, Conde de Oeiras, depois Marquês de Pombal.

Gozando da confiança absoluta do Rei, Pombal revelou-se um estadista de pulso firme e administrador vigoroso, embora abusasse de suas notáveis qualidades de mando, praticando violências desnecessárias e crueldades que amargaram-lhe os últimos tempos da vida, no ostracismo a que se viu condenado pela corte de D. Maria I.

As reformas que se verificaram nas *leis* e *costumes*, até mesmo depois do grande terremoto de 1775, que destruiu a maior parte de Lisboa, devem ser atribuídas a sua influencia sobre o Rei, quando não tenham sua origem na própria iniciativa do ministro que, muitas vezes, apenas permitia a colaboração do monarca nos atos legislativos com a assinatura do chefe do Estado para dar-lhes o cunho de autoridade discutível.

Reconstruída a cidade, dominada a *conspiração dos Távoras,* expulsos os jesuítas, reorganizado o exército, melhoradas as condições das indústrias agrícola e mercantil, desenvolvida a instrução pública e dado enfim, um forte impulso à vida das colônias, o operoso estadista, ia de permeio às medidas apontadas, aperfeiçoando a legislação existente, cortando abusos, criando institutos novos, imprimindo atividade às forças latentes da nação, galvanizando, por assim dizer, o cadáver, que havia recebido insepulto das mãos do *Magnânimo,* mas, não podendo impedir que o Brasil desse mais alguns passos para a sua emancipação política.

Deste período, ocupado pelos 27 anos do reinado de D. José I, várias leis, de alta importância, contribuíram para a formação do Direito português e uma rápida indicação dos monumentos legislativos deste tempo mostrará a exatidão do que se afirma.

O alvará de 9 de novembro de 1754, criando a chamada – *posse civil do herdeiro* – e pondo termo ao – *benefício de deliberar* –, como que abriu caminho aos novos estudos sobre a *posse,* largamente desenvolvidos na Alemanha pelos mais ilustres juristas, entre os quais Savigny e Jhering formaram doutrinas características, no curso do século passado[48].

O alvará de 7 de junho de 1755, regulando o funcionamento da *Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão,* a que se seguiu o 13 de

48 Veja-se a *teoria da posse.*

agosto de 1759, relativo à *Companhia Geral do Comércio de Pernambuco e Paraíba,* colocaram o Norte do Brasil sob a ações de exploradores das nossas riquezas naturais, levadas, muito freqüentemente, até a pilhagem dos desapercebidos habitantes do litoral.

Outro ato legislativo que não deve ser esquecido é o alvará de 17 de janeiro de 1757, pelo qual ficou expressamente proibido – "*dar dinheiro a algum juro, ou a risco para a terra, ou para fora dela, que exceda o de cinco por cento cada ano*" –, medida salutar que atou as mãos dos *onzenários* e pôs termo às maquinações dos *Shylocks* portugueses.

Do mesmo ano é também o alvará de 3 dc novembro, que cortou o abuso dos arrendamentos por *dez e mais anos,* fórmula fraudulenta engendrada para molestar os locatários anteriores, que ocupassem os prédios por ajuste de menor tempo.

A lei de 25 de junho de 1766, explicada e completada pela de 9 de setembro de 1769 e alvarás de 23 de novembro de 1770, de 1º de agosto de 1774 e de 31 de janeiro de 1775, atos que tinham por objeto a *sucessão testamentária,* realizou, com evidente intuito de agradar a Igreja católica, profunda modificação do regime deste instituto. Para mostrar que esse intuito era realmente a causa principal da decretação da lei, bastava ver que recorreu-se até à facécia para justificar algumas de suas disposições, embora cobrindo-as com argumento baseado nos interesses econômicos do país[49].

É também deste período célebre *Lei da Boa Razão,* de 18 de agosto de 1769, talvez promulgada para coarctar a influência do direito Romano e do Direito Canônico. Além de uma introdução explicativa, há 14 parágrafos em que são estudadas e resolvidas várias questões de inter-

49 A influência clerical na elaboração dos testamentos era, efetivamente, acentuadíssima. Em regra ninguém testava sem instituir *legados* pios e para impedir a instituição de *Capelas,* cujo número já atingia às raias da impossibilidade de ser mantido, pois, em uma das mais pequenas Provedorias do Reino já se achavam registradas *doze mil* e mais de *quinhentas mil missas anuais,* a lei traçou limites à liberdade de testar, justificando a disposição, neste sentido, com o argumento de que continuar a liberdade existente... *"se chegará ao caso de serem as almas do outro mundo senhoras de todos os prédios destes Reinos".* (Veja o § 12 da Lei citada).

pretação e aplicação do Direito Romano, girando os argumentos em torno da ordenação filipina Livro III, Título 64, e procurando sobrepor a autoridade da legislação nacional e da jurisprudência da Casa da Suplicação ao Direito que, decretado como *subsidiário,* se tornará, praticamente, o verdadeiro Direito Nacional, pela fascinação que exercia sobre os espíritos cultos da época.[50]

Boa ou má, nos seus intuitos, a Lei de 18 de agosto de 1769, deu de si vantajosas conseqüências na reabilitação do Direito português, cujo estudo intensificou-se e tomou nova direção, fazendo ressurgir do pó dos arquivos as velhas *Ordenações Afonsinas,* até então quase despercebidas e ignoradas dos próprios juristas de nomeada.

Outras duas leis de salutares efeitos morais para a ordem social, são os de 19 de junho de 1775 e de 29 de novembro do mesmo ano, nas quais se estabelecem penas severas contra os sedutores e perturbadores da paz e sossego das famílias, resguardando-se a honra das mulheres e dispondo-se sobre o consentimento para o matrimonio e a maneira de supri-lo, quando recusado pelos pais, tutores e curadores.

Muitas destas leis provocaram no espírito público profunda animosidade contra o seu principio inspirador, dando lugar à reação que se manifestou logo no início do governo subseqüente, não somente contra

---

50 A Ord. Cit.é reprodução das disposições contidas nas *Ordenações Manuelinas* Livro II, T. 5º,pr.e §§ 1º, 2º e 3º, como estas eram das *Afonsinas,* Livro II, T. 9. Aí se determina, que as *Leis Imperiais* (Direito Romano) não sejam aplicadas, havendo *"Lei, estilo ou costume de nossos reinos"*, porque, havendo, *"cessem todas as outras Leis e Direito"*. Nos casos omissos, porém, se faz distinção das matérias que *tragam ou não tragam pecado.* No primeiro caso, prevalecem os *sagrados Cânones,* no segundo as *Leis Imperiais, quando fundadas pela boa razão.* Quando o caso não tenha solução, nem as Leis Imperiais, nem nos sagrados cânones, manda aplicar as *Glosas de Accursio,* não sendo reprovadas na opinião dos doutores, ou, sendo omissas, a opinião de Bártolo, mesmo contra a de outros doutores, salvo os que escreveram posteriormente. No caso de *omissão completa,* o recurso, para resolvê-la, consiste em remetê-lo ao Rei, a fim de pôr termo ao litígio e estabelecer a regra para espécies semelhantes, o que deve prevalecer também quando, em caso profano e de omissão das leis profanas, haja divergência entre os textos dos Cânones e as Glosas e Doutores.

Como se vê, estas regras foram inspiradas na *Lei das Citações.*

a pessoa do Marquês de Pombal, como também contra todas as reformas que introduzira na legislação.

O terceiro período se assinara com a subida ao trono da Rainha D. Maria I, filha de D. José I, em torno da qual agruparam-se os inimigos do estadista liberal, compelindo-a a demiti-lo e mandar instaurar-lhe um processo de que resultou a sua condenação a ser desterrado da Corte.

Deu início à reação contra os atos legislativos do período anterior, o Decreto 17 de julho de 1778, que mandou suspender "*temporariamente, até que se concluísse o novo código*" – a que aliás ainda se não tinha dado começo, várias leis, entre as quais salientavam-se as de 25 de junho de 1766 e de 9 de setembro de 1769, que dispunham sobre *sucessão testamentária.*

Seguiram-se a Lei de 6 de outubro de 1784, regulando as *solenidades dos esponsais*, o alvará de 30 de outubro de 1793, dispondo sobre *prova escrita e testemunhal no Brasil*, e a provisão de 18 de janeiro de 1799, que estabelecia a forma e efeitos das *Cartas de Legitimação.*

A enfermidade mental da Rainha deu lugar a que assumisse a regência, no mesmo ano de 1799, seu filho D. João VI, que tendo os olhos fixos no vasto e rico império sul-americano, ia deixando a administração no continente arrastar-se como queriam os seus auxiliares, mesmo porque as manifestações patrióticas no Brasil estavam tomando vulto assustador.

O grito de desespero foi a *Inconfidência mineira*, abafado com mão de ferro, já ressoava no coração dos livres filhos da América, clamando vingança contra o desterro dos poetas e literatos da conjuração, contra o suicídio de Cláudio Manuel da Costa e contra a forca do ardente e glorioso patriota, que foi esse nobre Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha – o *Tiradentes* – mártir da sua própria obstinação em preferir a morte à ignóbil delação contra os seu companheiros.

Em 1807 Napoleão invade Portugal, D. João VI foge para o Rio de Janeiro e aqui se resguarda de trabalhos de guerra, enquanto o valente povo português, unido e forte como costuma ser nos momentos de perigo para a pátria, consegue, em um esforço supremo, expulsar do solo lusitano o exército de Junot.

Estabelecido no Rio de Janeiro, vários atos legislativos foram promulgados pelo príncipe regente, sendo para notar os decretos de 25 de

novembro de 1808, sobre *concessões de sesmarias a estrangeiros*, e de 16 de julho de 1813, sobre *demarcação de terras.* Devem ser também lembrados os alvarás de 4 de setembro de 1810, *revocatório da ordenação do livro 4º, título 5, §2º*, de 24 de outubro de 1814, sobre *administração de bens de órfãos,* e os assentos de 23 de julho, de 17 de agosto de 1811 e de 10 de julho de 1817, todos sobre *sucessão testamentária.* O último ato legislativo de D. João VI, que merece referência, foi o alvará de 10 de abril de 1821, que tinha por objeto o *aforamento de terras,* com o qual encerrou sua administração no Brasil.

Foi esta a legislação da metrópole, pela qual o Brasil se regeu até a independência política, proclamada em 7 de setembro de 1822, e, depois por força da lei de 20 de outubro de 1823, que mandou observar as ordenações filipinas e demais atos legislativos que especifica detalhadamente, "*enquanto não se organizar um código, ou não forem especialmente alterados*"[51].

O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS – Dentre os monumentos legislativos do século passado[52], o *Código Civil Português* ocupa, sem favor algum, posição de real destaque, quer como corpo de doutrinas jurídicas, quer pelo espírito liberal que presidiu sua organização, quer, finalmente, pela precisão e elegância de sua linguagem.

O projeto deste Código foi elaborado por um brasileiro nato, como ele mesmo declarou[53] – o preclaro jurisconsulto Antônio Luís de Seabra – Visconde de Seabra –, advogado militante durante algum tempo perante os auditórios do Rio de Janeiro[54] e homem de superior cultura científica. Sendo-lhe confiada a difícil missão, por Dec. de 8 de agosto de 1850, em menos de dez anos concluiu o trabalho, cuja revisão coube a uma

---

51 Veja-se a transformação do Direito Português, operada no Brasil, por efeito da fusão dos subsídios de várias legislações com os próprios elementos de criação nacional, quer no título IV – *Direito Ibero-Americano* – quer no Tit. V – *Direito brasileiro* – (Livro III deste volume).

52 O século XIX foi, por assim dizer, o século da *codificação.* Iniciou-a a França com o *código Napoleão* (31 de março de 1804), seguindo-lhe as pegadas todas as nações *latinas* da Europa e *ibéricas* da América, com exceção do Paraguai (Vide cit. L. III, T. IV, deste volume).

53 Clóvis Bevilaqua – *Cód. Civil Com.* – vol. I – Preliminares – pág.19 (1ª ed.)

54 Cândido de Oliveira – cit. *Legislação Comp.* – 23ª liç. – pág. 282.

comissão de professores da gloriosa Universidade de Coimbra e advogados de Lisboa, que em 30 de agosto de 1865 entregaram o projeto definitivo, aprovado pela Cortes e promulgado em 1º de julho de 1867, para ter execução "*em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes, seis meses depois de sua publicação*"[55], – e em "*as províncias ultramarinas,* a vontade do governo, "*ouvidas as estações competentes e fazendo-lhes as modificações que as circunstâncias especiais das mesmas províncias exigem*"[56].

Respeitando a tradição do governo português, orientado pelos costumes desse povo, tão acentuadamente propenso à cultura jurídica, e recebendo todos os institutos que fazem objeto de suas disposições a influencia benéfica do Direito Romano, o Código Civil português não beneficiou somente as populações, cuja vida vinha sendo entravada nas suas relações jurídicas pelas deficiências e defeitos da velha legislação, mas, também, concorreu eficazmente, para o progresso do direito em geral.

Está dividido em quatro *partes* e cada uma destas em *livros, títulos, capítulos, seções, artigos* e *parágrafos.*

A *parte I,* com um só *livro,* tem por objeto a *capacidade civil*[57]; a *parte II,* com três livros, trata da *aquisição dos direitos;* e a *parte III,* com um *livro,* ocupa-se do *direito de propriedade* e, finalmente, a *parte IV,* com dois *livros,* versa sobre *ofensa dos direitos e sua reparação.* Ao todo contém 2.538 artigos.

Como se vê, original é a classificação das matérias compreendidas no código, destoando de todas as que têm sido formuladas pelos jurisconsultos, desde a concepção de Gaius[58].

As suas disposições têm sido objeto de largos comentários e preciosas monografias, que formam em torno dele como literatura de alto

---

55 Carta de Lei de 1º de julho de 1867, art. 2º - Por força da publicação no *Diário de Lisboa,* o código começou a vigorar em 22 de março de 1868, no continente e ilhas.

56 Cit. – Carta de Leis – art. 9º – Nas províncias ultramarinas mandou o governo que vigorasse a 1º de julho de 1870 em diante.

57 Veja-se o apêndice XXV.

58 Predomina a idéia de uma classificação que diz mais com o *sujeito* do que com a *causa* e o *objeto* do direito.

valor, merecendo especial referência o *Código Civil Anotado* do eminente jurisconsulto e estadista português José Dias Ferreira.

Dizer da influência do Direito Romano na formação da legislação portuguesa, antiga e moderna, será repetir a afirmação de um fato que nunca foi contestado e que tem na própria história das tentativas para subtrair dessa influência a prova decisiva de sua preponderância.

Se apanharmos cada um dos institutos jurídicos que se enquadram no âmbito de todo o Direito Privado, demarcado em departamentos que se apresentam com caracteres *sui generis,* como os dos direitos de *Família,* das *Cousas,* das *Obrigações* e das *Sucessões,* verificaremos, pelo menos, nas linhas gerais, os traços fisionômicos impressos pela sabedoria desse precioso instrumento de civilização dos povos.

Fonte *imediata* dos principais fundamentos da ciência, sob cuja autoridade se formaram as várias leis que presidiram as relações da vida social portuguesa, e fonte *subsidiária* abundante para suprir as lacunas do Direito escrito, o direito Romano foi o mestre do Direito Português e nele viveu, apenas modificado pelas conveniências do tempo e pelas injunções naturais da evolução das idéias. E diga-se que isto em nada afeta aquela acentuada propensão para a cultura do Direito, tantas vezes revelada pelo glorioso povo português; ao contrário, conhecer como se conhece em Portugal, o Direito Romano e dele extrair a essência de suas regras para avigorar a legislação escrita, é, antes de tudo, um seguro indício de probidade científica e de competência técnica.

. . . .

Título III

O DIREITO CANÔNICO E O DIREITO GERMÂNICO

SUMÁRIO – FUNDAÇÃO DA IGREJA E A FORMAÇÃO DO DIREITO ECLESIÁSTICO PÚBLICO E PRIVADO. LUTA PELA PREDOMINÂNCIA ENTRE O DIREITO CANÔNICO E O DIREITO ROMANO E GERMÂNICO. ORGANIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DO DIREITO CANÔNICO, SUA DIVISÃO EM ANTIGO, NOVO E NOVÍSSIMO. O *CORPUS JÚRIS CANONICI* E SUA COMPOSIÇÃO. NOVOS ELEMENTOS DE PROGRESSO: O *CODEX JURIS CANONICI* PROMULGADO POR BENEDITO XV. A CHAMADA "QUESTÃO ROMANA" E SUA SOLUÇÃO PELOS ATOS DE 11 DE FEVEREIRO DE 1929; INFLUÊNCIA DE TAIS ATOS NA LEGISLAÇÃO DA IGREJA. O VALOR DO DIREITO CANÔNICO. ORGANIZAÇÃO DO DIREITO GERMÂNICO: O PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DAS LEIS: A OPINIÃO DE GIUSEPE CARLE. OS MONUMENTOS LEGISLATIVOS DOS GERMANOS DESDE A LEI SÁLICA ATÉ O SCHWABENSPIEGEL: BREVE NOTÍCIA DE CADA UM. O DIREITO GERMÂNICO CIENTÍFICO. O *CORPUS JURIS GERMANICI.* A PENETRAÇÃO DO DIREITO ROMANO NAS NAÇÕES GERMÂNICAS E A PROFUNDA INFLUÊNCIA POR ELE EXERCIDA. O IMPÉRIO ALEMÃO. A CONSTITUIÇÃO DE 1871 E A LEI DE 20 DE DEZEMBRO DE 1873: A ORGANIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. OS CÓDIGOS DO COMÉRCIO, PENAL, PENAL-MILITAR, DO PROCESSO CIVIL E DE INSTRUÇÃO CRIMINAL.

DIREITO CANÔNICO – Já haviam decorrido 753 anos da fundação de Roma e 31 da instituição do império por Otávio, quando nasceu em Belém[1] o meigo JESUS DE NAZARÉ.

---

1 A palavra *Belém* é hebraica e quer dizer – *casa do pão* -, parecendo que a Providência Divina escolheu esse lugar sagrado para dali sair, na palavra dos Evangelhos, o mais salutar dos alimentos do espírito – a Fé Cristã. Para assinalar o anúncio feito à Virgem Mãe da concepção de Jesus, lá estão, na igreja da Anunciação, em um altar subterrâneo, as palavras de São João, gravadas em mármore alvíssimo – HIC VERBUM CARO FACTUM EST.

Vindo ao mundo para regenerar os povos e estabelecer princípios cardeais do amor e da fraternidade humana, JESUS CRISTO edificou a sua Igreja sobre uma *pedra* singular – o Apóstolo São Pedro, – assegurando que, contra ela, não prevalecerão jamais as portas do Inferno[2] – e a Igreja vem preenchendo a sua missão divina, penetrando todos os recantos da Terra e ali plantando a Cruz da redenção, a cuja sombra se abrigam todos os sedentos de paz e de justiça.

Em Roma, como vimos no *Título I* do *Livro Segundo*, tudo reclamava uma nova ordem de coisas ao tempo em que São Pedro e São Paulo afrontavam a crueldade dos Césares e faziam a pregação das idéias cristãs.

Esta nova ordem de coisas não era somente uma necessidade que o tempo impunha, era também um acontecimento histórico que os poetas vaticinaram, cantando, como Virgílio, coisas mais elevadas (*majora canamus*), porque uma nova progênie já descia do alto Céu (*jam nova progenies coelo demittitur alto*) e uma nova visão do mundo vinha abrir caminhos para o futuro (*magnus ab integro soeclorum nascitur ordo*)[3].

Roma sofria grandes males sociais.

As classes superiores viviam na opulência e na abjeção de vícios. O paganismo não tinha remédios para aqueles males e as virtudes máximas que, em geral, os povos conservam latentes, mesmo na decadência, já não iluminavam os corações e a ruína da poderosa nação se esboçava, como uma fatalidade, no curso da vida social e política.

A Igreja Cristã, portanto, apareceu oportunamente na capital do mundo; mas, para vencer definitivamente, teve de lutar durante três séculos e venceu, não pela razão da força, e sim pela força da razão e da sublimidade do seu apostolado.

Fixada a sua sede na própria cidade para onde a mão de Deus levara a *pedra* sobre a qual havia sido fundada, a Igreja, que já tinha nos *Evangelhos* a própria voz de JESUS CRISTO e nas *Epístolas e Apocalip-*

---

2 *Petrus, tu es Petrus et super hanc petrum edificabo ecclesiam meam* – são as palavras de JESUS CRISTO fundando a sua Igreja, e prometeu – *portoe inferi non prevalebunt adversus eam.*

3 Sobre as várias provas de predição do nascimento de JESUS CRISTO, veja-se – Monsenhor Pinto de Campos – *Jerusalém* – págs. 127 e seguintes.

se o eco dessa voz, começou a desenvolver a sua nobilíssima função de educadora e de dirigente da vida em todas as direções dos destinos do homem.

Vivendo dentro do Estado, mas, sem subordinação administrativa, ou hierárquica, a Igreja teve necessidade de formular as suas leis de governo e administração, fundadas nos princípios cardeais de sua instituição e desenvolvidas na proporção dos novos objetivos que lhe impunham a sua ação social universal.

Em torno, portanto, daqueles monumentos basilares e de atos e leis complementares, oriundos das autoridades eclesiásticas, se foi formando um Direito, ao mesmo tempo de caráter *Público* (*Constitucional, Administrativo, Penal, Internacional Público e Judiciário*) e de caráter *Privado* (*Civil e Internacional Privado*).

A estes dois ramos do Direito da Igreja deu-se a denominação de *Direito Eclesiástico;* mas, ao primeiro chama-se freqüentemente *Direito Público Eclesiástico* e ao segundo *Direito Privado Eclesiástico* ou *Canônico.*

Na opinião de Lacerda de Almeida "a verdadeira definição do Direito Público da Igreja é dada pelo CARD. TARQUINI – *Dir. – Pub. – Ecles.* – Prelim. n. 3, a saber: – O sistema das leis que determinam a constituição da Igreja. Por constituição se devem entender aquelas instituições em que se baseia o regime de uma sociedade, quer em relação ao poder conferido à mesma sociedade para conseguir o seu fim, quer em relação à pessoa, ou às pessoas em quem reside este poder.

Como toda sociedade perfeita, a Igreja tem o seu Direito Público Interno e Externo. Prova de que a Igreja tem o seu Direito Público Externo, são as concordatas, verdadeiros tratados ou convenções, que não podem deixar de ser classificados entre os atos de Direito Público Externo – CARD. TARQUINI – *ob. cit.* § 67, concordatas que podem até ser celebradas com governos infiéis – *ob. cit.* § 84"[4].

O Direito Privado Eclesiástico, geralmente designado pela denominação de *Diário Canônico*, corresponde, no Direito Geral da Igreja, ao que, no Direito Romano, constitui objeto do *direito das pessoas e do direito das*

---

4 *A Igreja e o Estado – suas relações do Direito Brasileiro* – § 9º.

cousas, pois, na linguagem comum multissecular, *Jus Canonicum* se emprega em oposição, não a *Jus Ecclesiasticum*, mas sim, a *Jus Civile Romanorum.*

Eis porque quando se estuda qualquer instituição jurídica, através do Direito Eclesiástico e do Direito Romano, àquele se dá a denominação de *Direito Canônico,* que é a que empregaremos daqui em diante, embora mesmo tratando de matéria de Direito Público.

A vitória oficial do Cristianismo, em Roma, começou com o Edito de Milão, no governo de Constantino Magno, e, dali em diante, as idéias cristãs, que, desde Adriano, vinham iluminando os corações dos juristas, tiveram afinal entrada nas leis, melhorando-as sensivelmente sob vários aspectos.

Livre de perseguições, dali em diante, salvo os dois anos da apostasia de Juliano, a Igreja assentou definitivamente no mundo romano as suas bases e ao lado do Estado *uno,* se foi formando e consolidando a sua *unidade,* com uma legislação que provinha de várias fontes, tendo grande número de suas relações com o Estado reguladas também por leis seculares.

Desta dupla categoria de fontes, oriundas de autoridades legislativas diversas, necessariamente deveriam, em caso de colisão de princípios, surgir lutas pela predominância máxima, quando bastante forte, a Igreja legislava mais para a humanidade do que propriamente para si mesma, nesta ou naquela nação.

Contemporaneamente às invasões dos bárbaros, com os seus costumes jurídicos e adaptações da legislação romana por um lado, e, por outro lado, a adoção do Cristianismo pelos invasores como religião própria, iam traçando novos limites à influência do Direito do Estado e do Direito da Igreja, provocando a formação coordenada do Direito Germânico, que, mais cedo ou mais tarde, teria de, por sua vez, abrir luta com o Direito Romano e o Direito Canônico.

Estudando esta luta pela predominância, não nos parece fora de propósito fazer, aqui, a mesma pergunta que Lacerda de Almeida faz quando mostra a autoridade do Direito Romano Justiniano ao mesmo tempo que a do Direito Canônico, em muitos pontos predominando o último sobre o primeiro, como, por exemplo, nas matérias que trouxessem pecado.

A pergunta do sábio mestre é esta – "qual dos dois Direitos, o Romano ou o Canônico, antecedeu ao outro?" – E para respondê-la, embora considerando a resposta questão difícil, distingui as seguintes épocas:

– durante o Império Romano, no período das invasões e medieval; na época da Renascença e no mundo moderno e atual[5].

Na realidade o Direito Romano antecedeu ao Direito Canônico e posto tivesse exercido sobre este grande influência, todavia, não o dominou inteiramente, nem rigorosamente poderia fazê-lo, porque o objeto do Direito Canônico constituía, em regra, assunto que escapava à interferência do Estado e que este mesmo reconhecia como da competência legislativa da Igreja. Mas, os princípios gerais dominantes, a fonte inspiradora do Direito Canônico, não há dúvida, atuaram no espírito dos imperadores cristãos, imprimindo no Direito Romano a sua fisionomia e o cunho característico de sua universalidade[6].

Se para fixar a antecedência de um ao outro, tomarmos como critério as três épocas assinaladas pelo preclaro professor Lacerda de Almeida, nenhuma dúvida pode haver de que, a partir das invasões bárbaras até ao fim da Idade Média (de 300 a 1450), o Direito Romano se limitou a viver de suas gloriosas tradições, porque quase todas as fontes legislativas se estancaram, mantendo-se unicamente as *constituições imperiais* como criadoras de Direito novo, ao passo que o Direito Canônico, principalmente depois do Concílio de Nicéia de 325, que condenou o arianismo, tomou proporções de notável desenvolvimento, ampliando consideravelmente os objetos de suas disposições e suprindo as lacunas do *jus civile*, com a perfeita aquiescência dos próprios imperadores.

---

5 Veja-se com grande proveito, o que escreve o eminente professor na obra citada, págs. 93 a 100.

6 A vitória do Direito Romano sobre o Canônico, na influência que exerceu sobre o Direito de vários povos, inclusive o nosso, foi explicada pelo sábio mestre em belas páginas das quais pedimos permissão para transcrever este trecho: – "Foram o Direito Romano e o Direito Canônico as mais abundantes fontes do nosso Direito e ainda do atual tão desfigurado; constituem repositórios históricos e explicação única de muito instituto jurídico ignorado e por isso mal interpretado. Mas, o Direito Romano ficou; ficou, porque no período bizantino em que chegou às monarquias da Europa, era a expressão do absolutismo político e isso agradaria aos soberanos ocupados em extirpar as últimas raízes das liberdades públicas. Não só por isso; o Direito Romano interpretado ao sabor dos legistas fornecia armas contra a Igreja, emancipava os principais, alimentava e desenvolvia o regalismo, fonte próxima da convulsão extraordinária, que foi a Revolução francesa" – págs. 97 e 98.

As codificações de Teodósio, em 438, e de Justiniano, de 528 a 534, realizando as maiores *sístoles* do *jus* e das *leges,* puseram termo ao desenvolvimento do Direito Romano, que dali em diante, através da Renascença e do mundo moderno atual, serviu, apenas e ao mesmo tempo, a largos e profundos estudos e de modelo para as legislações dos povos cultos, sem nada mais haver criado a não ser o que consta das *Novelas* de Justiniano, das *Basílicas* e das *Novelas* do Imperador Leão o *filósofo*, o que chega até aos fins do século décimo.

Quando a escola de Bolonha, no começo do século XII, desenvolveu o estudo do Direito Romano, já o Direito Canônico havia atingido a um elevado grau de aperfeiçoamento, o que lhe deu importância e autoridade para ter suas *cátedras* no grande laboratório científico, onde brilharam os gênios dos dois mais notáveis professores do século – *Irnerius*, o fecundo restaurador do Direito Romano, e *Gratianus*, o célebre monge, autor do *Corpus Decretorum*, a primeira grande *sístole* do Direito Canônico. Aí, os dois monumentos da sabedoria jurídica viviam em perfeito pé de igualdade, ambos preenchendo os seus fins e concorrendo poderosamente para a civilização da humanidade.

Deixemos, por enquanto, o Direito Romano, cuja direção civilizadora já estudamos no Título I deste Livro, e detenhamos-nos na apreciação do Direito Canônico, historicamente considerado, desde as suas primeiras manifestações nas três fases de sua evolução.

Costumam os canonistas dividir o Direito Canônico em três partes – *jus antiquum*, *jus novum* e *jus novissimum*. O primeiro se compõe de todas as leis, desde os Evangelhos até aos trabalhos de Graciano, – o segundo, desde Graciano até ao *Concilium Tridentinum*, e, finalmente, o terceiro, desde o *Concilium Tridentinum* até ao presente, ou seja até a promulgação do *Codex Juris Canonici* (1917) e atos posteriores. Assim, o *jus antiquum* abrange um período de 1150 anos, mais ou menos (do ano 1º a 1150), *o jus novum* um período de 413 anos (de 1150 a 1563) e o *jus novissimum* um período de 354 anos (de 1563 a 1917).

Constituem objeto do Direito antigo, em primeiro lugar, como fundamentos, que são de toda a organização da Igreja Cristã, os quatro Evangelhos, que, conforme dissemos acima, são a própria voz de JESUS CRISTO, transmitida aos fiéis por intermédio de São Mateus, São Marcos,

São Lucas e São João. Seguem-se as *Máximas e Preceitos* dos Apóstolos, muitos dos quais foram transmitidos oralmente e outros constam das *Epístolas* e do *Apocalipse*, inspirados pelo Espírito Santo e que constituem o prolongamento fiel da palavra de CRISTO[7].

Fazem parte, principalmente, do *jus antiquum* os *Cânones* dos Concílios, as *Constituições* dos Papas, as *concordatas* do Vaticano e leis seculares de imperadores romanos e de outras nações, incorporadas à legislação canônica por ato espontâneo da Igreja.

Os *Concílios*, verdadeiras assembléias dos prelados, em que se fixavam princípios e tomavam-se deliberações sobre assuntos *dogmáticos*, *morais* e *disciplinares*, além de sua função eclesiástica, representavam papel notável na elaboração das leis seculares, como os célebres *Concílios de Toledo* na organização do *Forum Judicum*, o código de leis mais perfeito elaborado pelos bispos da Espanha visigótica[8].

Os *Cânones* (do grego *Kanon* – regra) são os atos legislativos oriundos dos *Concílios*, ou *Sínodos*, estabelecendo os princípios jurídicos reguladores das relações da Igreja com os fiéis e os seus subordinados hierárquicos, em tudo quanto diz respeito aos interesses gerais da instituição e da sua missão social e divina.

Foram publicadas várias coleções de cânones, tais como – *Cânones dos Apóstolos*, *Cânones dos Concílios*, a começar do de Nicéia, em 325, – *Cânones ou Coleção de Dionísio, o Pequeno*, organizada em 525, – *Cânones de Santo Isidoro de Sevilha*, de que há uma imitação sem autoridade

---

7 "O Evangelho", diz o Padre C. Ballester – *As Epístolas dos Apóstolos e Apocalipse* – trad. do bispo de Coimbra D. Fr. Joaquim de Nossa Senhora de Nazaré – "o Evangelho é a própria voz de JESUS CRISTO; as Epístolas e o Apocalipse, são o seu eixo, o seu prolongamento fiel. É o Evangelho, para todo o cristão, o código, a lei, a regra de vida, o livro indispensável, no fundo mesmo, o verdadeiro e único livro. As Epístolas e o Apocalipse são o seu comentário; entram nos pormenores, descem às particularidades e desta forma completam, precisam e fixam as grandes lições de JESUS CRISTO.

Se se considerarem bem os livros do Antigo Testamento, vê-se facilmente – salta mesmo aos olhos – que não são mais do que um simples prefácio do Evangelho. Para o Evangelho as Epístolas e o Apocalipse são como que o epílogo, a conclusão, o selo."– Prefácio –, pág. I.

8 Veja-se Livro Segundo, Título II – *Forum Judicum. Fuero Jusgo ou El Libro de los Jueces.*

legal, – os *extratos, em grego, de João Escolástico,* – do *Abade de Pruso,* em 915, – *Burchard,* em 1020, – de *Zes,* em 1115 e de Alger, em 1120[9].

As constituições são aqueles atos dos Papas, provendo sobre matéria de sua competência e que podem tomar a forma de *Bula, Breve* e *Rescrito,* de acordo com o seu objeto[10].

As concordatas são perfeitos tratados ou convenções internacionais, em que a Igreja figura como pessoa de Direito Público Internacional e em que assume obrigações, adquire direitos e formula regras jurídicas, na mesma situação soberana dos Estados com que celebra tais convenções.

As *Leis* seculares são os atos legislativos oriundos dos imperadores romanos e de outras autoridades políticas de várias nações católicas, que, pela sua perfeita conformidade com os princípios do Cristianismo, a Igreja incorporou ao seu Direito, como se dela própria houvessem emanado.

Era esta a legislação da Santa Sé, quando a célebre Universidade de Bolonha, tendo à frente o notável Irnerius, desenvolveu prodigiosamente a cultura do Direito Romano, com a introdução do sistema de *glosas,* que chegou a provocar a criação de um poderoso grupo de exegetas das coleções de Justiniano, a que se foram incorporando muitos mestres ilustres e fundando-se a *Escola dos Glosadores,* cujos trabalhos assumiram uma autoridade indisputável até aos fins do século XVI.

---

9 Veja-se Cândido de Oliveira – cit. *Lições de Leg. Comp.* – pág. 166, not. 4 –, Ballerini: *De autiquis collectionibus canonum,* – Walter – *Elem. de Droit Eccles.* § 95.

10 Da mesma forma por que aos imperadores romanos se reconheceu o *jus edicendi* por força do princípio – *quo Principi placuit legis habet vigorem* – igualmente se reconhece ao Papa o poder de legislar para a Igreja, colaborando nos Concílios, ou agindo pessoalmente, por força das palavras de Jesus Cristo – *quoecumque ligaveritis super terram, erunt ligata et in coelo: et quoecumque solveritis super terram, erunt soluta et in coelo* – (S. Mateus – Cap. 18, v. 18).
Bulas, propriamente, chamam-se os escritos emanados do Sumo Pontífice, autenticados com o selo redondo de lacre, ou de metal, que comumente começam pela palavra *bula.* Elas podem ter por objeto vários assuntos, como concessões de indulgências, reconhecimento de serviços à Igreja, títulos de recompensa, etc.
Breves são, em geral, pastorais, menções, cartas sobre matéria de provimento do Papa, especialmente em assuntos particulares.
Rescritos são as *bulas* ou *breves* em favor de determinadas pessoas, geralmente em virtude do pedido ou provocação por consultas de autoridades eclesiásticas.

A intensificação dos estudos do Direito Romano chamou a atenção para as coleções de *cânones* existentes[11] e foi, desde logo, reconhecida a necessidade de remodelar e aperfeiçoar os monumentos do Direito Canônico, aproveitando, para isto, a altíssima competência de um sábio monge de São Bernardo, que, a esse tempo, lecionava na célebre Universidade, com verdadeira admiração dos seus discípulos.

A Graciano, tal se chamava o sábio professor, foi confiada a confecção de uma obra, que, à semelhança das *Pandectas* de Justiniano, reunisse tudo quanto se havia legislado, até então, em matéria de Direito Canônico.

Durante dez anos, de 1140 a 1150, o preclaro mestre entregou-se ao imenso labor de coordenação, passando em revista tudo quanto se havia produzido até sua época, formulando o *Corpus Decretorum,* que geralmente se conhece pela denominação de *Decretum Gratiani*[12]. Compunha-se o monumento de extratos, retirados de várias fontes, assim organizados: – 1º – *Textos da Escritura Sagrada*; – 2º – *Cinqüenta Cânones dos Apóstolos*; – 3º – *Decisões de dez Concílios gerais e noventa e seis particulares*; – 4º – *Setenta e oito decretos dos Papas*; – 5º – *Subsídios de autores eclesiásticos*; – 6º – *Os livros Penitenciais*; – 7º – *Exertos dos Códigos Teodosiano e Repetitæ Prelectiones e das obras de Paulo e Ulpiano*; – 8º – *Capitulares dos Reis de França e Rescritos imperiais,* – 9º – *Ordo romanus*; – 10º – *Librer diurnus*; – 11º – *Pontificales*

---

11 As coleções manuseadas comumente pelos estudantes eram as denominadas – *Cânones Apostolorum,* de autor desconhecido, – *Codex Canonum Ecclesiasticorum,* organizado por Dionysius Exiguus, e – *Codex Canonum,* de Isidorus Mercatoris, mistificado, no correr do tempo, com a adição de falsas Decretais.

12 A célebre obra de Janus – *O Papa e o Concilio* – versão a tradução de Rui Barbosa – 2ª ed., deste ano (1930) – passa em revista sob a rubrica – Decreto de Graciano – págs. 450 a 456, o monumento do monge bernardo, atribuindo-lhe falsificações, de outros adaptadas, corruptelas e falsificações próprias. Como exemplo destas, cita Janus a do 36º cânon do sínodo ecumênico de 692, em que atribui ao colecionador o ter transformado "*necnon*", do texto verdadeiro para "*non tamen*" do novo texto, que prevaleceu durante 400 anos. E como este, indica outros casos. Como se vê, nessas páginas o dedo protestante deixou a sua impressão, como os criminosos a deixam nos prontuários das penitenciárias. Não foi leviana, portanto, a expressão do Cardeal Manning chamado "*libelo infame*" a *Der Papst und das Concil.* No caso, a expressão cabe perfeitamente, porque mesmo que houvesse indubitavelmente tais falsificações, por elas a Igreja não poderia ser caluniosamente atacada, pois, sempre afirmou – *Gratiani Decreto publica nullo tempore accessit auctoritas.*

et Festæ; – 12º – *Dicta Gratiani* (observações do autor). Toda a matéria indicada estava dividida em três mil e noventa cânones[13].

Aos capítulos do *Decretum* foram intercalados outros, a que dão a denominação de *Palêa,* atribuindo-os alguns canonistas a acréscimos de um discípulo de Graciano e outros a interpelações posteriores ao falecimento do monge e assim chamadas para distinguir os textos respectivos introduzidos pelo Cardeal *Proto-palêa.*

Organizado, assim, o monumento, constituiu-se, desde logo, não só a fonte mais autorizada das leis da Igreja, como também o *compêndio* para o ensino e estudo do Direito Canônico na grande Universidade de Bolonha e, mais tarde, nas de Paris, Pisa, Vicenza, Arezzo, Nápoles, Vercelli, Ferrara, Placenza, Módena, Peruggia, Reggio, Roma, Toulouse, Orleans e Bourges.

Não obstante ser trabalho de altíssimo valor, o *Decretum Gratiani* não tem caráter oficial.

Seguem-se, como elementos constitutivos do *jus novum,* as *Decretais de Gregório IX,* também chamadas *Coleção Raimundina,* ou simplesmente *Decretais,* e também *Extra,* – o *Livro Sexto,* – as *Clementinas* e as *Extravagantes.*

As *Decretais Gregorii IX,* mandadas organizar pelo Pontífice deste nome, em 1234, tiveram como compilador o Chanceler Papal Raimundo de Pena Forte e se destinavam a, consolidando o Direito vigente em todas as Decretais até então promulgadas, servirem de texto legal para os tribunais e ensino nas *cátedras* universitárias. Esta coleção, que também abrangeu outras fontes legislativas e doutrinárias, posteriores ao *Decretum Grationi,* foi dividida em cinco livros, sob as denominações de *Judex, Judicium, Clerus, Sponsalia e Crimen.*

O LIBER SEXTUS – A Universidade de Bolonha havia atingido nos fins do século XIII a maior prosperidade e renome, e o ensino do

---

13 O *Decretum Gratiani* está dividido em três partes – 1ª – *Distinctiones,* - 2ª – *Causoe* – 3ª – *Tractatus de Consecratione.* Foi o Papa Eugênio III quem ordenou que esta coleção servisse de texto para o ensino do Direito Canônico nas universidades.

Direito Canônico atraiu para ela a atenção do Papa Bonifácio VIII, que procurou colaborar com os seus mestres, auxiliando-os na nobre missão que desempenhavam.

Notórias eram as deficiências das coleções de decretais e decisões dos Concílios, que serviam de objeto aos estudos da Universidade e, por isto, o referido Papa autorizou uma nova coleção, que preenchesse as lacunas da *Collectio Raymundina* e do *Decretum Gratiani*, o que foi feito, com a colaboração do célebre romanista florentino *Dinus Magellanus*[14], professor de Direito Romano na referida universidade, que, além de ter dado à nova coleção uma parte de *Regulis Juris*, à semelhança das *Pandectas*, escreveu, especialmente, um *Comentário* sobre o título da obra, por determinação de Bonifácio VIII.

A este monumento de Direito Canônico, não obstante ser a 3ª coleção de leis da Igreja daquela natureza, se dá a denominação de *Liber Sextus*, porque ocupa o sexto lugar na coleção de Gregório IX, logo após a *Crimen*.

Está dividido em cinco livros, estes subdivididos em títulos, terminando o quinto livro com as *Regulis Juris* de Magellanus.

O *Liber Sextus* obteve força e autoridade pela Bula de 3 de maio de 1298.

AS CLEMENTINAS – Não haviam ainda decorrido 20 anos da publicação do *Liber Sextus*, quando o Papa Clemente V, que governou de 1305 a 1314, – mandou organizar uma coleção de cânones do Concílio de Viena, de 1311, realizado sob sua presidência, acompanhados das duas Decretais. Este trabalho, que não chegou a seu termo ainda em vida daquele chefe da Igreja, que faleceu em 1314, recebeu o nome de *Clementinas*, e foi promulgado, em 1317, pelo Papa João XXII, pela Bula de 25 de outubro do dito ano, expedida de Avignon.

Como as *Decretais Gregorianas* e o *Liber Sextus*, as *Clementinas* foram divididas em cinco livros.

---

14 Este notável jurisconsulto e professor, romanista, a princípio, e depois, *in utroque jure*, foi um grande trabalhador, entre os quais, segundo Diplovataccius, citado por Savigny – (*Hist. do D. R. na Idade Média* – 4º vol. –, cap. 44), os *Comentários* sobre o *Digestum vetus*, o *Infortiatum* e o *Digestum novum* – publicados em 1513.

AS EXTRAVAGANTES – Não obstante as coleções mandadas organizar por Bonifácio VIII, que governou apenas um ano (1303 a 1304) e algumas Decretais de João XXII ficaram fora das coleções, pelo que se chamavam *Extravagantes.*

Foram glosadas em 1325 por Lenzolinus de Cassanis, mas, não tiveram autorização da Santa Sé para sua aplicação regular e somente com a sua inclusão no *Corpus Juris Canonici*, por força da Bula de 1º de julho de 1580, e a elas adicionadas outras *extravagantes* de papas posteriores a João XXII até *São Sisto* (Sisto V), isto é, de 1334 a 1484, que haviam sido publicadas em 1500 por Joannes Chappuis, na edição do *Corpus Juris Canonici* de que fora encarregado, tomaram caráter oficial por determinação do Papa Gregório XIII.

Além da matéria indicada, o aludido *Corpus Juris Canonici* incorporou a seu texto, em 1582, Decretais de Sisto IV e V, coordenadas por Pedro Mateus, de Alexandre III (de 1179), de Inocêncio IV (de 1245), cânones dos Concílios de Latrão e Leão, e mais tarde, de 1605 a 1621, os cânones do Concílio de Trento e as *Institutas* de Direito Canônico de Lancelot, aprovadas por Paulo V.

Eis, aí, o que constitui o *jus novum*, que, definitivamente classificado e coordenado, serviu à composição da maior *sístole jurídica* e *legislativa* da Igreja até ao século passado – o *Corpus Juris Canonici*, – cuja composição ficou oficialmente ordenada da seguinte forma: – 1ª parte – *Decretum Gratiani*, – 2ª – *Decretales Gregorii IX*, – 3ª – *Liber Sextus*, – 4ª – *Clementinas*, e – 5ª – *Extravagantes.*

Mas, o monumento jurídico da Igreja continuou, na evolução do Direito Canônico, a receber novos elementos de progresso e aperfeiçoamento com *Decretais*, *Bulas*, *Breves*, *Rescritos*, *Concordatas*, emanados de Papas os mais ilustres, e de *Atos* e *Cânones* de notáveis concílios, ainda não ajustados à máxima coleção existente.

Estes elementos de progresso e aperfeiçoamento, que constituem o chamado *jus novissimum*, têm por objeto assuntos da maior importância para a Igreja, como, por exemplo, a decisão do Concílio do Vaticano, em 1870, proclamando o dogma da *infabilidade do Papa*, as Constituições de Leão XIII, de 24 de maio de 1882, e de Pio X, de 25 de dezembro de 1904, sobre eleição do Sumo Pontífice, e outros acerca de matérias de Direito Eclesiástico.

Esta nova situação do Direito Canônico impôs a Pio X a convocação de um Concílio para, em comissão de cardeais e juristas versados em Direito Canônico e Teologia, organizar um Código de Leis para completar e sistematizar o direito existente.

Este trabalho, que teve como colaboradores os mais elevados espíritos contemporâneos a Pio X e Benedito XV, foi carinhosamente acompanhado pelo eminente Cardeal Pedro Gasparri e promulgado em 15 de setembro de 1917, com prefácio, que representa uma síntese, cuidadosamente formulada, do Direito Canônico anteriormente codificado. Recebeu este novo monumento do Direito da Igreja Católica a denominação de *Codex Juris Canonici.* Está dividido em *livros* (5), estes em *partes*, que por sua vez estão divididas em *seções*, *títulos*, *capítulos*, *cânones* e *parágrafos.* O 1º livro trata das *normae generales*, – o 2º *de personis*, – o 3º *de rebus*, – o 4º *de processibus*, – o 5º finalmente, – *de delictis et pœnis.* Tem, ao todo, 2414 *cânones.*

Não parece fora de propósito lembrar, aqui, os atos recentes da Igreja e do governo da Itália em virtude dos quais foram reatadas as relações entre os dois grandes poderes com sede na veneranda cidade de Roma.

É sabido que tomada ao Papado a legendária cidade pelos exércitos de Vítor Emanuel e usurpado o poder temporal ao chefe da cristandade, a lei de 13 de maio de 1871, ou – LEDGE SULE PREROGATIVE DEL SOMMO PONTIFICE E DELLA SANTA SEDE E SULLE RELAZIONE DELLO STATO CON LA CHIESA, – colocou os sucessores de São Pedro, a partir de Pio IX, naquela nobilíssima atitude de discórdia com o governo usurpador, de que resultou se constituírem prisioneiros voluntários no Vaticano.

Esta situação, honestamente mantida por Leão XIII, não obstante a assinalada tolerância de Joaquim Pecci, como no século se chamava o célebre sucessor de Pio IX, e de Pio X e Benedito XV, encontrou solução satisfatória em 11 de fevereiro de 1929 na *concordata* e no *acordo* que as duas potências celebraram, pondo termo a um dissídio, que cinqüenta e nove anos de experiências, demonstraram, nos mais acentuados aspectos, inconveniências evidentes e enormes prejuízos aos interesses humanos dos contendores.

A *Lei das Garantias* considerava inviolável e sagrada a pessoa do Papa, punindo os atentados contra ele como se se tratasse da pessoa do Rei; assegurava as honras de soberano com preeminência em todo o território italiano; permitia a continuação da guarda do Vaticano; marcava uma renda anual de 3 milhões e 225 mil liras perpetuamente, isenta de qualquer tributo; oferecia todas as seguranças à reunião e realização de concílios; resguardava os edifícios papais de qualquer ingerência de autoridades do Estado, etc., etc. Mas, todas estas *garantias*, embora espontaneamente formuladas e mantidas pelo governo real, passaram como que despercebidas pelo Papa, irredutível na sua autoridade espiritual e na sua recusa à submissão.

O advento de Mussolini, criando para a Itália uma vida nova, uma vida de renascença, em todas as manifestações do espírito romano relativamente às grandes *unidades* preparadas por ele no curso da História – a *unidade do Estado* e a *unidade da Igreja*, – tornou possível um entendimento entre os dois poderes e ambos, animados de boa vontade, encontraram feliz solução à decantada *questão romana*, atendendo aos interesses da Igreja e aos interesses da Itália, agindo o Papa Pio XI e o Rei Vítor Emanuel III como *católicos* e *italianos*.

A *concordata* e o *acordo*, regulando em bases patrióticas e honestas as relações que novamente começaram a vincular os dois poderes, caracterizam-se pela *completa e voluntária submissão da Itália ao Papa no terreno* espiritual e ao perfeito pé de igualdade no terreno político, garantido à Igreja o gozo das prerrogativas de Estado autônomo e até mesmo com regalias de nação mais favorecida.

Relativamente às conquistas espirituais agora reconhecidas no Vaticano, basta ver, para acentuar a sua importância, que – *o culto católico será o único na Itália, – o ensino da religião será obrigatório nas escolas do Estado, – o casamento católico terá todos os efeitos civis* – e isto quer dizer que a *unidade* da Itália recebeu, com a proclamação dos direitos da Igreja, a consagração e a bênção do Sumo Pontífice.

Não é necessário insistir na demonstração da verdade de que tudo isto constitui um poderoso elemento de desenvolvimento e progresso do Direito Canônico, firmando a segurança dos seus princípios, habilitando-o a tomar novas direções e avigorando os postulados de sua valiosa doutrinação.

E para traçar o elogio desse fator de cultura jurídica, cujos aspectos de sua fisionomia acabamos de contemplar a rápido golpe de vista, nada melhor faremos a não ser a transcrição das palavras de Martins Júnior, ao encerrar o Cap. XI do seu *Compêndio de História Geral do Direito*, quando diz:

"Abstraindo das largas modificações que o Direito Canônico introduziu no direito substantivo romano-germânico, especialmente no que toca ao direito das pessoas, assinalaremos, no campo do direito adjetivo, as conquistas capitais por ele obtidas. Foi ele quem primeiro se bateu contra os primitivos e bárbaros processos de prova dos germanos, pela voz de S. Agobardo e pelo voto do segundo concílio lateranense; foi ele quem, pelo órgão de Inocêncio III, proclamou a necessidade do processo escrito, com os trâmites de citação, de produção de documentos, da prova testemunhal, etc.; foi ele quem introduziu na prática judiciária o remédio das apelações; foi ele finalmente quem, por intermédio de seus juristas, criou a palavra designadora da luta judiciária, substituindo pelas expressões *processus*, *processus juris* ou *processus judiciarius*, o *judicum* e a *ordo judiciorum privatorum* dos romanos. E basta isto para que vejamos nele uma das poderosas alavancas da mecânica jurídica – uma alavanca de ferro e ouro que tendo como ponto de apoio a fé imponderável pôde deslocar o eixo do mundo pagão."

Não obstante, banido, hoje, do ensino das faculdades jurídicas do Brasil, o Direito Canônico ainda conserva profundas raízes no Direito Civil pátrio, pela persistente e longa influência que exerceu na formação da sociedade nacional. Leia-se o que a este respeito escreveram Cândido de Oliveira[15] e Lacerda de Almeida[16] e ter-se-á a prova da verdade do nosso asserto. Advirta-se também que o Congresso de Ensino Superior, realizado nesta Capital, em 1927, resolveu[17] como uma necessidade para a cultura nacional superior, a criação da Cadeira de *Direito Eclesiástico* para o *curso de doutorado em ciências jurídicas.*

---

15 *Op. e loc. cit.* – págs. 169 a 176.

16 *Op. cit.* – §§ 9, 10 e 11.

17 *Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos*, II vol. – Congresso do Ensino Superior – Agosto de 1927 – págs. 555 e seguintes – especialmente página 558.

DIREITO GERMÂNICO – Costumam os historiadores do Direito, quando estudam as organizações dos germanos, dividir os monumentos que levantaram, em duas porções: uma, em que classificam os códigos formulados com subsídio do Direito Romano – *Edictum Theodoricii*, *Responsa Papiani* e *Breviarum Alaricianum*; outra, em que figuram as consolidações de costumes praticados pelos povos invasores da Gália, Ibéria e Itália, cujos ramos mais fortes eram os godos, borgúndios, francos e lombardos, sendo os seus monumentos principais – *Lex Salica*, *Lex Ripuaria*, *Lex Alamanica*, *Lex Borgundionum* (também chamada *Lex Gundobalda* e *Lex Gombetta*), *Lex Longobardorum* (também chamada *Edictum Rotharis*), *Capitularia* e outros, de que, oportunamente trataremos.

O traço característico, assinalado pelos aludidos historiadores, como a diferencial entre aquela primeira porção de leis por serem organizados com subsídios romanos, chamam *Leis Romanas* e a segunda que por consolidarem costumes e atos legislativos de vários povos da Germânia, chamam *Leis Germânicas*[18], está em que as primeiras podiam, por seu caráter próprio, aplicar-se a todos, como *princípios gerais*, ao passo que os segundos obedeciam ao sistema da *personalidade*[19].

Procurando explicar a razão disto, Giuseppe Carle assegura que desde os mais remotos tempos os germanos não davam ao Direito o caráter de um todo harmônico, representativo da *idéia* de *ordem* e de proporção necessária a uma *cidade*, como compreendiam os *gregos*; nem tampouco uma *lei* ou um *vínculo* social a que deviam submeter-se as vontades dos indivíduos, como o haviam compreendido e explicado os romanos.

---

18 Veja-se Savigny – *Cit. Hist. do D. Rom. na Id. Média*, II vol. – Cap. VII, § 3º e Cap. IX, § 28.

19 Rigorosamente os bárbaros, depois que se puseram em contato imediato com a civilização jurídica dos romanos, já não se preocupavam muito com o *sistema da personalidade*. Se é certo que os *visigodos* fizeram o chamado *Código Euriciano*, para regular as suas relações jurídicas, e o *Breviário de Alarico*, para regular as relações dos romanos entre si, conservando o primeiro desses códigos o princípio ou sistema aludido, já o mesmo não aconteceu com os *ostrogodos*, que fizeram o *Edito de Teodorico* com subsídios exclusivamente romanos, para ser aplicado a todos os habitantes da *península itálica*, quer romanos, quer ostrogodos.

Para os germanos o Direito era sobretudo "um *poder*, uma *força*, uma faculdade peculiar do indivíduo, que tem altíssimo sentido de sua personalidade e que, em união com sua família, ele mesmo o faz valer". E acrescenta: – "O germano, ameaçado em seus bens ou em sua vida", observa Gide, "não encontra a seu lado, como o homem da sociedade moderna, um poder público pronto a defendê-lo e a armar-se em seu favor; não pode contar senão consigo mesmo e com seus aliados, os quais se reúnem, tomam as armas e perseguem o ofensor até obter dele satisfação e vingança. No Direito dos germanos, pois, se encontram os vestígios das paixões que deviam agitar o homem primitivo, do mesmo modo que em sua vida se apresentam muitos traços da vida heróica e juvenil dos povos clássicos, que haviam chegado a uma civilização caduca.

O germano primitivo é, em parte, como o Aquiles de Homero, do qual disse Horácio que *nihil non advogat armis*, como o antigo Quiriti, que, para obter satisfação do devedor, recorre à *pignoris capio.* No Direito Germânico, portanto, embora encontremos vigoroso e enérgico o sentido da *personalidade* e *dignidade incondicional*, está, todavia, somente em vias de formação e conceito abstrato de uma *personalidade coletiva* e *social* [20].

Resumindo suas observações e assinalando a evolução dessas instituições jurídicas, o ilustre professor de Filosofia do Direito da Universidade de Turim asserta que "entre os germanos encontramos o conceito de uma *personalidade individual*, vigoroso, e só em vias de formação o conceito de uma *personalidade coletiva* e *social*; poderosíssimo o sentido do *útil*, que começa a pôr um freio às vinganças privadas, porém, pouco desenvolvidos os conceitos do *justo* e do *honesto.* Eles compreendem o Direito como uma *força* e *poder* do indivíduo, porém não desenvolveram o ensino da *lei* no sentido que estamos acostumados a dar a esse vocábulo, nem chegaram a um *conhecimento do direito* que possa merecer o nome de *ciência.* Isto não obsta para que também os *germanos* hajam contribuído, por uma parte, para o desenvolvimento do Direito, pois que eles são os que têm trazido aquele sentimento poderoso da *personalidade individual*, que na Grécia se havia esquecido por completo e que, depois de haver se apresentado vigorosamente nos começos

20 Cit. *La Vita del Diritto* – L. II, Cap. IV.

de Roma, se foi debilitando cada vez mais durante o Império. Ainda quando os germanos nos apareçam como uma *força indisciplinada*, mais propensa a destruir do que a edificar, pouco a pouco começará esta força a fazer-se mais *civil*, sob a influência da *legislação romana* e mais *moral* sob a influência da *idéia cristã*. Por virtude destas influências o elemento germano, depois de haver preparado a *destruição* e *dissolução* do mundo antigo, acabará por converter-se com o tempo em uma *nova energia física* e *moral* que, penetrando em um organismo social já envelhecido, infundir-lhe-á novo espírito, compelindo-o a exteriorizar uma nova etapa de convivência civil e humana, cujo desenvolvimento terá de ser desde logo a missão da época moderna. É lícito, portanto, concluir que a evolução do elemento germânico, no novo período da civilização que se prepara, pode comparar-se à de uma *atividade* que, *violenta* e *indisciplinada* nos primeiros momentos, é chamada a converter-se, com o tempo, naquela *energia moral* e naquela *laboriosidade intelectual*, que formam hoje em dia o caráter das nações que em maior grau receberam a transfusão do sangue dos antigos germanos[21].

Eis, aí, traçadas com mão de mestre, as razões determinantes da feição característica da *personalidade* do sistema legal dos germanos, em oposição ao que adotavam os romanos, para quem o Estado era a expressão viva do poder e para manifestá-lo ou exercê-lo não era preciso que fosse este ou aquele cidadão ou chefe, mas quem quer que, legitimamente, exercesse autoridade pública e, daqui, a *impessoalidade* da lei, que era formulada para a *nação* e não para cada um dos *cidadãos* que a compunham.

Mas, o contato dos povos germanos com a civilização jurídica romana, principalmente depois da organização das chamadas *Leges Romanæ*, e a poderosa influência da civilização cristã, que eles assimilaram dentro de pouco tempo, levando-os à criação do *Sacro Império Romano do Ocidente*, que outorgou a Carlos Magno a tríplice coroa, foram fatores de alta significação na intuição do Direito, sentindo-se, desde então, a preponderância das leis romanas sobre as organizações legislativas dos germanos.

Vejamos aqueles monumentos que constituem o *Corpus Juris Germanici* e procuremos mostrar sobre quais deles se fez sentir a influência do Direito Romano.

---

21 *Op. e loc. cit.* – nº. 93.

Se para a organização do *Corpus Juris Germanici* aceitarmos como critério a inclusão, nele, somente das leis ou costumes *exclusivamente* germânicos, alheios à influência do Direito Romano e do Direito Canônico, o monumento ficará reduzido a insignificantes proporções, pois que, em rigor, apenas os *frisões*, os *saxões* e os *turíngios* organizaram legislações de caráter rigorosamente local, mas, mesmo assim, deram a estas leis denominações latinas.

Segundo se colige dos *Monumenta Germaniæ* de Aein, Pertz e Waitz, as *Leges Barbarorum*, que devem ser consideradas como componentes do *Corpus Juris Germanici*, são as seguintes: – *Lex Salica, Lex Ripuaria, Lex Chamavorum, Lex Borgundionum* (Gundobaldo), *Lex Allamanorum, Lex Wisigothorum* (*Código Euriciano* ou *Forum Judicum?*), *Lex Bajuvariorum, Leges Longobardicæ, Lex Thuringorum, Capitularia, Sachsenspiegel* (*Laudrechtbuch* e *Leharechtbuch*) e *Schwabenspiegel.*

Passemos rápida vista sobre os mais importantes destes monumentos.

LEX SALICA – Esta lei passa por ser a mais notável das organizações do Direito Germânico, por ter compendiado as instituições jurídicas populares. Formulada em assembléias do povo (*mallos*), por quatro juristas, sob o reinado de Clodion, era a lei do francos *sálios*, donde lhe veio a denominação abreviada, sendo, porém, a verdadeira – *Pactus Legis Saliæ.*

Revista ao tempo de Clóvis, ficou sendo – *Capitula Pacto Legis Salicæ, addita, extravagantia,* – e, mais tarde, submetida a uma nova revisão, ao tempo de Carlos Magno, recebeu o nome de – *Lex Salica emendata,* mas, os contemporâneos chamavam-na também – *Lex Salica a Carlos magno emendata.*

Está dividida em 65 títulos, dos quais sete têm por objeto relações e institutos do Direito Privado, especialmente em matéria de família e propriedade. Naturalmente, foi formulada na língua dos francos e depois traduzida para a latina, em cuja tradução nota-se a intercalação ao texto de palavras não latinas, precedidas de nota expressa por *mal* ou *malb*, a que os estudiosos do monumento dão o nome de *glosas malbérgicas,* como significativas de expressões da língua original, intraduzíveis na latina. A maioria das suas disposições refere-se a matéria penal, especialmente à *tarifa das composições* e *multas* conseqüentes das transações em juízo e indenizações por ofensas aos interesses alheios.

A *Lei Sálica* continha regras características do Direito Germânico, entre as quais, por exemplo, a que privava a mulher da sucessão na propriedade territorial, uma vez que houvessem herdeiros varões (título 59), regra esta que serviu na França para, em idênticas condições, excluir a mulher da sucessão ao trono.

LEX RIPUARIA – A lei, assim chamada, é uma organização de textos legais inspirados na *Lei Sálica*, sob a influência do Direito Romano, para servir aos Francos *ripuários*. Compõe-se de 89 títulos, segundo uns, 91, segundo outros, tendo sido formulada, conforme o seu prólogo, pelo Rei Teodorico I. A sua redação é mais cuidada que a de que lhe serviu de modelo principal, explicando-se esta circunstância pelo fato de numerosa contribuição de textos procurados nos monumentos das *Leges Romanæ*, especialmente da *Papiani Responsa*, que coligiu subsídios valiosos do insigne mestre e príncipe dos jurisconsultos romanos.

A *Lex Ripuaria* foi também revista e melhorada por ordem de Carlos Magno, cujos acréscimos aos textos deram lugar à modificação ao nome do monumento que passou a ser também designado por – *Capitula quæ in lege ripuariorum mittenda sunt.*

LEX CHAMAVORUM – No começo do século IX, os francos, localizados a leste do Reno, no distrito dos Chamavos, fizeram também o seu corpo de leis, buscando subsídios na *Lei Sálica*, em algumas instituições romanas e nos costumes que vinham praticando. É uma adaptação ou consolidação de leis e costumes, nada oferecendo à apreciação particular por qualquer característico próprio e inconfundível. Por esta razão chamavam-na todos os historiadores de Direito Germânico, não, simplesmente, como devera ser, – *Lex Chamavorum*, – mas, sim, – *Lex Francorum Chamavorum*, – como que lembrando a origem do povo que a *formulou* (*Franco*) e para quem foi *formulada* (*Chamavos*).

LEX BORGUNDIONUM – Os borgúndios, que ocupavam grande parte da Gália oriental, à semelhança dos visigodos, organizaram dois corpos de leis, um – a *Papiani Reponsum*, – para ser aplicado aos romanos sujeitos à sua dominação, – e outro – a *Lex Borgundionum*, – para ser aplicado aos dominadores.

Costumam alguns historiadores confundir os dois monumentos, cujas diferenças são, aliás, notáveis e profundas, até nos nomes.

É certo e sabido o fato de serem ambos estes monumentos chamados indiferentemente – *Lex Borgundionum* –, porque ambos foram organizados pelos borgúndios; mas, exatamente para evitar tal confusão, à *Lex Borgundionum* (*germânica*, ou de aplicação aos *borgúndios*) se dá também a denominação de *Lex Gundobalda*, ou *Lex Gombetta*, – e à *Lex Borgundionum* (*romana*, ou de aplicação aos *romanos*) se dá a denominação de *Lex Romana Borgundionum*, ou mais freqüentemente, *Papiani Responsum*[22] e até mesmo *Papiani Liber Reponsorum*.

A *Lex Gombetta*, posto que, como as dos outros povos germânicos, represente uma civilização jurídica ainda rudimentar, parece ter recebido mais direta e preponderantemente a influência romana.

À semelhança do que se fizera com o Código Teodosiano, Gundobaldo reuniu no seu monumento a legislação outorgada aos seus súditos, pelos reis que o antecederam, sob a forma de *constituições*, *decretos*, *editos* e outras espécies legislativas, às quais juntou atos emanados de sua própria autoridade, procurando melhorar os institutos jurídicos à luz do Direito Romano, embora mantendo as linhas gerais da concepção germânica, com especialidade em matéria de Direito Penal.

LEX ALLAMANORUM – A lei dos alamanos, também chamada *Lex Suevorum*, teve origem em um arranjo ou coletânea de costumes preparado nos meados do século VI, sob o nome de *Pactus Allamanorum*, a que, desde logo, Clotário I deu autoridade legal e, de 613 a 814, Clotário II, Dagoberto I e o próprio Carlos Magno mandaram rever e introduzir vários dispositivos, modificando a redação primitiva.

Como as demais leis germânicas contemporâneas, a lei dos alamanos ou suevos não traduz cultura jurídica da parte do povo que a formulou, mas, revela ter sido formulada sob a influência de idéias religiosas tão predominantes que alguns historiadores como Guilherme Onchen[23], afirmam que essa lei parece mais um monumento teocrático do que um código de regras jurídicas.

---

22 Veja L. 2º, T. I.

23 *História Universal* – vol. X, pág. 35.

LEX WISIGOTHORUM – Sob a expressão *Leges Wisigothorum* são designadas várias leis, ou coleções de leis, formadas pelos visigodos, ocupantes da Península Ibérica, tais como o *Código Euriciano*, o *Breviário de Alarico* e o *Forum Judicum* ou *El Libro de los Jueces.*

Quanto aos dois últimos, isto é, quanto ao *Breviário de Alarico* e ao *Forum Judicum*, já estudamos detalhadamente[24] e agora apenas nos cumpre aludir ao primeiro, isto é, ao *Código Euriciano.*

Este código, coleção de leis visigodas para serem aplicadas aos súditos dos dominadores da maior parte da Península Ibérica, foi mandado organizar, como o seu nome está indicando, pelo rei Eurico, que, para isso, serviu-se do jurisconsulto chamado Leão. Eurico compilou todas as leis godas existentes, promulgadas pelos reis antecessores, às quais juntou as suas próprias leis e muitas também das dos romanos, acomodando-as aos interesses e crenças dos dominadores da península e procurando por este meio assentar em uma organização de caráter legal e permanente o poder que exercia já sem contraste sobre todo o povo dominado.

Esta legislação, porém, não podia corresponder às necessidades e reclamos de um povo, cuja civilização jurídica vinha, já há tantos séculos, orientada pelas *constituições imperiais*, pela lição dos jurisconsultos nas suas *responsa* e pelos *editos* dos pretores.

O Código Euriciano, lacunoso, grosseiro e feroz em tudo quanto continha por adaptação das leis propriamente godas, evidenciava, em si mesmo, a disparidade com as leis romanas que coligira, cuja linguagem, simples e elegante, chocava-se com aquela grosseria dos godos.

Muitos historiadores do Direito na Península Ibérica consideram o Código Euriciano uma coleção de leis autônoma e definitiva, ao passo que outros julgam-no como o início da codificação do *Forum Judicum.*

Foi por esta razão que, ao enumerarmos as *leis germânicas*, escrevemos – *Lex Wisigothorum* – e colocamos, em seguida, entre parênteses, com interrogação, a expressão – "*Código Euriciano* ou *Forum Judicum*?".

Uma rápida vista sobre os trabalhos desses historiadores mostra a dificuldade para assentar definitivamente a verdade a tal respeito.

---

24 L. 2º, T. II – "*Forum Judicum. Fuero Juzgo ou El Libro de los Jueces*".

Santo Isidoro de Sevilha, na sua *História de Regibus Gothorum*, ensina que foi Eurico o primeiro rei godo que formulou leis escritas – "*sub hoc rege gothi legum statuta in scriptis habere cœperunt, nam antea tantum moribus et consuetudine tenebantur*" e acrescenta que – "*in legibus quoque ea, quæ ab Eurico incondite constitutæ videbantur, correxit Leovigildus plurimas leges prætermissas adjiciens, plerasque superfluas auferens*".

Daqui resulta que Leovigildo reviu as leis godas, desde Eurico, e estas leis revistas eram as que constituíam o Código Euriciano com as promulgadas posteriormente, o que importa dizer que não se trata do *Forum Judicum*, porque este, como vimos[25], tem sua origem no *Tomo Régio* levado aos concílios de Toledo, ficando definitivamente organizado em 693, no XVI Concílio, sob o governo de Egica[26].

Provavelmente o *Forum Judicum*, que realizou a unificação do Direito na península, buscou várias leis no Código de Eurico, pelo menos aquelas cuja autoridade prevaleceu sem repugnância dos romanos habitantes da Ibéria, desde a sua promulgação. Mas, isto não quer dizer que o *Forum Judicum* fora o mesmo *Código Euriciano*, que tomou aquele nome depois de adaptações de leis godas mandadas colecionar por Leovigildo ou por seu filho Recaredo, como supunha Lucas de Tuy[27], nem que ao *Forum Judicum* foi indiferente o monumento de Eurico, como pretendeu Gaudenzi[28] com a descoberta dos manscritos encontrados na biblioteca de Lord Leicester, em Holckam, manuscritos de Direito ostrogótico e não visigótico, conforme demonstrou Schupfer[29] e corroborou Zeumer[30].

---

25 L. 2º, T. II.

26 Veja-se *El Libro de Los Jueces* – de Villadiego – *observaciones generales* – ed. de 1841 – Madri – imp. de Leon Amarita.

27 Veja-se Zeumer – *Leges wisigothorum antiquiores* – pref. pág. X ; – Dr. Pedro Martins – *História Geral do Direito Romano Peninsular e Português* – págs. 347 a 367, em que o ilustre romanista, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disserta proficiente e sinteticamente sobre o assunto.

28 *Un'antica compilazione di diritto romano e wisigothico* – citado pelo professor Pedro Martins.

29-30 *Cit. Leges Wisigothorum* – e nota precedente.

É, pois, nossa convicção que *Código Euriciano* e *Forum Judicum* são monumentos legislativos inteiramente distintos, tanto assim que, ao passo que aquele traduzia o princípio da *personalidade da lei*, adotado pelos visigodos, este realizou a *unidade do direito* na Península Ibérica, fundindo a tríplice corrente jurídica romana, canônica e germânica.

A *Lex Wisigothorum*, portanto, que constitui elemento formador do Direito Germânico, deve ser o Código Euriciano e não, rigorosamente, o *Forum Judicum*, também chamado *Fuero Juzgo* e *El Libro de los Jueces.*

LEX BAJUVARIORUM – Como uma compilação de costumes germânicos e de leis canônicas e romanas, formada através de largo tempo, apareceu a lei dos bávaros no reinado de Dagoberto, sendo melhorada e aumentada sucessivamente nos governos de Teodorico II, Tassilon II e Carlos Magno.

Não oferece particularidade alguma, revelando, todavia, espírito de imitação às leis de outros povos germânicos, até mesmo na desordem de sua organização, tão comum aos códigos bárbaros do século VII.

LEGES LONGOBARDICÆ – Os lombardos tiveram duas categorias de coleções de leis; uma, propriamente germânica, em que predominavam os elementos costumeiros, organizada nos meados do século VII, sob a direção do rei Rotharis e com o título de *Edictum Rotharis*; outra, propriamente romana, em que predominavam os elementos trazidos das coleções bizantinas, organizada no século XII por um jurista desconhecido e com o nome de *Lex Lombarda.*

A primeira, que é a que nos interessa, foi gradualmente acrescentada no correr dos tempos pelas *Capitula in breve Statuta* e os *Decreta Spuria*, aquelas dos reis Grimoaldo, Ratchis e outros, estes de Didier.

Segundo afirma Martins Júnior[31] esta coleção é acentuadamente germânica, e revela um certo parentesco com o Direito saxão e turíngio, não deixando transparecer senão uns fracos laivos de romanismo, que servem para distingui-la da *Lex Lombada* sistematicamente organizada com subsídios romanos.

LEX FRISONUM – A Frísia, região situada entre a Holanda e a Alemanha atuais, à beira do Mar do Norte, cuidou também de organizar o seu Direito, à semelhança do que já haviam feito outros povos germânicos do sul da Europa.

---

31 Cit. – *Comp. de Hist. Geral do Direito* – pág. 172.

Nos meados do século VIII, sob os reinados de Carlos Martelo e seu filho Pepino, o *breve*, primeiro rei da dinastia carolíngia, fez-se a compilação da *Lex Frisonum*, composta dos costumes tradicionais da região, com subsídios de muitas das outras leis germânicas dos povos francos.

Estava dividida em 22 *títulos* e estes subdivididos em *capítulos*, cuja linguagem e objeto das disposições não correspondiam aos progressos legislativos de outros povos que haviam assimilado a orientação romana, de forma que os próprios hauridos nas fontes estranhas aos costumes locais forma deturpados e apareciam quase desconhecidos.

Para conjurar esta situação, Carlos Magno, que já havia melhorado o Direito de outros povos, mandou anexar à *lei dos frisões* uma coleção de regras para melhor interpretação pelos juízes, coleção esta que se supõe ter sido votada pelo *Reischstag* de *Aix-la-Chapelle*, em 802, sob a denominação de *Addictio Sapientium.*

LEX SAXONUM – Trata-se de uma lei, que, segundo afirma Martins Júnior[32], é francamente germânica, feita segundo os costumes de Saxe e o Direito do império.

Publicada, como a *Addictio Sapientium* da lei dos frisões, em 802, sob Carlos Magno, está, como esta, dividida em *títulos* e *capítulos*, constituindo um *código* de matéria de Direito Penal e Direito Civil, especialmente sobre sucessões e regime de bens no casamento.

Não obstante as suas imperfeições, a *Lex Saxonum* vigorou quase cinco séculos, sendo posta à margem somente quando, organizado, o *Espelho de Saxe* (*Sachsenspiegel*) começou a servir de fonte jurídica mais autorizada, para o qual, aliás, a *Lex* forneceu copiosos subsídios.

LEX ANGLIORUM ET WERINORUM, HOC EST, THURINGORUM – Como o próprio nome está indicando, não se trata, rigorosamente, de uma *lei única*, mas, sim, de leis de três regiões germânicas, que se fundiram em uma só, devido às vicissitudes políticas por que passaram a Inglaterra e a Dinamarca, como observamos ao tratar do Direito Romano

---

32 Cit. – *Comp. de Hist. Geral do Direito* – pág. 172.

nestes países. Organizada com os subsídios do Direito Costumeiro aplicado aos habitantes das referidas regiões durante o século V a começos do século VII, a *Lex Thuringorum* foi dividida em 17 *títulos* e estes em *capítulos*, como muitas das outras *Leges Germanicæ*. Nada de particular apresentava, salvo as disposições referentes a alguns costumes de Holstein, cuja obscuridade muitos autores salientam.

CAPITULARIA – O princípio da personalidade das leis germânicas, não obstante as conquistas dos bárbaros, que as formularam, sobre territórios romanos, encontrava freqüentemente opositores, mesmo entre eles, que foram pouco a pouco reconhecendo preferível o sistema das leis romanas de aplicação geral, como regras ditadas para atender às necessidades humanas nas relações da vida.

Assentadas as bases do *Sacro Império Romano do Ocidente*, coordenados os interesses recíprocos do Império e poder dos francos com a Igreja, o glorioso imperador e mais notável chefe dos carlovíngios compreendeu que a sua autoridade assentaria em bases mais sólidas legislando para todo o Império, sem, todavia, romper com a tradição dos costumes germânicos, em parte incorporados às leis regionais em vigor entre vários súditos dos seus vastos domínios.

Para fundir as correntes de populações sob o influxo da civilização romana e dar-lhes o complemento da educação cristã, lançou mão do sistema que os imperadores romanos praticavam largamente depois de estendido o *jus civitatis* a todos os habitantes de Roma. O meio de que se utilizou foi o de decretar leis formuladas sob a inspiração do Direito Romano, que, aplicadas a todos os povos sujeitos ao seu poder, unissem as três regiões alemã, franca e itálica em recíproca comunhão de idéias e interesses. Daqui o aparecimento das chamadas *Capitulares*, atos legislativos dos monarcas, com aplicação geral a todo o Império.

Entretanto, posto que este caráter constituísse a feição principal das *Capitularia*, várias foram as decretadas para certas regiões ou determinado lugar e povo.

Por isso, as primeiras chamavam-se *generalia* e as segundas *specialia*.

Por meio destas *Capitulares* os monarcas, ora alteravam a legislação em vigor, ora substituíam o direito local pelo geral, que se vinha for-

mando, ora, finalmente, confirmavam a prática de princípios tradicionais, cuja manutenção entendiam conveniente a certas regiões.

Pelas funções que exerciam, umas de caráter *secular*, outras como de chefes da *Igreja das Gálias* e em execução de deliberações de *concílios*, as *Capitulares* podiam ser *seculares* ou *eclesiásticas*, quando provinham de monarcas no desempenho de tais funções.

Foram tantas e sobre tantos assuntos as *Capitulares* expedidas, que se tornou necessário reuni-las em coleções. Muitos particulares procuraram coordená-las e a primeira coleção que apareceu foi organizada em 827 pelo abade Ausegise, distribuindo-as em quatro *livros*, obedecendo ao critério das matérias de que tratavam, sendo: 1º *Capitularia ad ordinem pertinentia eclesiasticum*, 2º *Capitularia eclesiástica*, 3º *Capitularia ad mundanam pertinentia legem* e, finalmente, 4º *Capitularia ad augmentum mundanæ legis.*

Esta coleção, às vezes chamada – *Capitulares do Abade de Fontenele* – é a única que merece certa confiança até a época a que alcança, mesmo porque, do primeiro quartel do século IX em diante, apareceram coleções de *falsas Capitulares*, como a de *Benedictus Levita*, que, à semelhança de *Isidoro Mercator*, com a *Decretais*, fez uma coleção, reunindo às *capitulares* de Ausegise mais três livros de outras inteiramente fantasiadas.

No século XVII apareceram duas coleções que têm merecido toda confiança dos historiadores do direito; uma organizada em 1623 pelo Padre Sirmond, que reuniu muitos exemplares das promulgadas entre 840 e 877 por Carlos, o *calvo*, e outra, organizada em 1677, por Baluze, intitulada – *Capitularia Regnum Francorum*[33].

SACHSENSPIEGEL – A influência da cultura jurídica romana se fez sentir tão preponderantemente nas regiões germânicas, que, ao lado das *Leges Germanicæ*, também apareceram, como em Roma, os

33 Sobre as capitulares vejam-se Esmein – *Cours d'Hist. du Droit Franç.* – e Michelet – *Origines du Droit Français* – As *Capitulares* de Carlos Magno foram estudadas como elementos criadores do direito comum por um jurista inteiramente desconhecido em uma obra, contemporânea dos vários *Rechsbuch*, que teve a denominação de *Kleine Kaiserrechts*.

trabalhos dos jurisconsultos, estudando ou comentando os monumentos do Direito regional, dando, assim, lugar ao aparecimento daquela dupla feição do Direito, como *lei* e como *ciência*[34].

A princípio, as manifestações de cultura consistiam no exibir o conhecimento da lei, vindo, depois, o comentário, a explicação, a literatura, tudo realizando aqueles dois movimentos da circulação – *sístole e diástole* – que mantêm a vida no organismo jurídico.

Aquelas primeiras manifestações traduziram-se nos *Weistümer*, nas *Ofenungs*, nas *Vräge*, instruções, declarações, consultas.

Os trabalhos dos sábios de Bolonha, provocando o reaparecimento, ao lado do legislador e do juiz, dos verdadeiros cultores do Direito, como em Roma, ao lado dos pretores e edis, sugiram aqueles eminentes *sabinianos* e *proculianos*, os trabalhos de Bolonha, repetimos, sugeriram a alguns juristas germanos a necessidade da organização de *livros de direito* para que melhor entendidos fossem os *livros de leis.*

Esses *livros de direito* tomaram formas diversas; ora representavam coleções de *fórmulas* de atos jurídicos, em que se procurava traduzir praticamente as regras legais, à semelhança das tradicionais – *Formule Marculfi*[35]; ora eram compilações de *pareceres, comentários* de leis e de julgados, em que se buscava fixar princípios de aplicação geral; ora, finalmente, eram *normas* jurídicas de criação espontânea para suprir as lacunas das leis e dos costumes em vigor.

---

34 É mesmo da índole, que diremos *econômica*, do Direito, essa dupla feição, que Savigny assinalou nas considerações seguintes: - "Devido a marcha natural da civilização, que traz como conseqüência a divisão do trabalho e dos conhecimentos, aparecem nas sociedades diferentes classes, cada uma dirige sua atividade a um objeto especial. Assim, o direito, que antes vivia na consciência do povo, por conseqüência das novas relações que a vida social cria, adquire tal desenvolvimento que seu conhecimento deixa de ser acessível a todos os membros da nação. Então se forma uma classe especial, a dos jurisconsultos, que, no domínio do direito representam o povo de que fazem parte. É esta uma forma nova, sob a qual prossegue o direito popular em seu desenvolvimento, que, desde então, tem uma dupla vida. Seus principais fundamentos subsistem sempre na consciência da nação, porém, sua determinação rigorosa e as aplicações de detalhe pertencem aos jurisconsultos." – *Syst. Des heut. Rom. Rechts* - § XIV – vol.1º.

35 Veja-se h. L., T. I, not. 14.

Os trabalhos dessa natureza chamavam-se ordinariamente – *Speculum* – os formados sob a influência direta do Direito Romano[36], ou – *Spiegel* – os que representavam cultura do Direito Germânico.

O primeiro trabalho que apareceu revelando cultura jurídica foi o organizado por *Eyko Repechowe,* escrito em latim, no começo do século XIII, e traduzido para o alemão (baixo saxônico), a pedido do Conde de Falkstein, com o nome de *Sachsenspiegel* e dividido em duas partes, uma, sob a de *Lehnsrecht,* sendo que esta parte é mais conhecida pela denominação latina de *Vetus actor de beneficus.* Depois de impressos e reduzidos a *manuais,* o primeiro teve o nome de *Landrechtsbuch* e o segundo *Lehnsrechtsbuch.*

O *Espelho da Saxônia (Sachsenspiegel)* teve por fontes os costumes feudais, as leis e a jurisprudência imperiais.

Consolidando o Direito Germânico e a tradição dos costumes do norte do país, embora chocando-se freqüentemente com os modelos romanos, contra os quais pretendia reagir, facilmente se fez preferir a outras fontes, tornando-se, dentro de pouco, o Direito subsidiário por excelência e verdadeiro Direito *vigente* na Alemanha do Sul, onde se constituiu a base do *Spiegel der deutschen Leute,* depois substituído pelo *Kaiserliche Land und Lehnrechtsbuch,* publicado em Augsburg nos fins do século XIII, sob o título de *Schwabenspiegel* (*Espelho da Suábia*), ao qual prestou largos subsídios[37].

Os dois *Espelhos,* da Saxônia e da Suábia, prestaram grandes serviços à cultura do Direito Germânico, com a consolidação dos costumes e leis que incorporaram aos respectivos textos, e a influência que exerceram foi tão profunda que, não obstante escritos em latim, que era a língua, então, dos juristas e intelectuais em geral, como Direito popular que ficaram sendo, se tornou preciso traduzi-los – da Saxônia, para servir ao Norte, em *polaco* e *holandês,* e o da Suábia, para servir ao Sul, em *francês* e *checo.*

O *Schwabenspiegel* ressente-se da influência, ao mesmo tempo, do Direito Romano e do Direito Canônico, parecendo mesmo que o seu autor não cogitou rigorosamente de edificar um monumento de Direito

---

36 Haja vista ao de Afonso X, *o sábio,* publicado em 1254 ou 1255 – Veja-se L. 2º, T. IV – *Ley de las Siete Partidas.*

37 Estava também dividido em duas partes.

Germânico, mas, sim, como diria Savigny, de Direito *atual,* contemporâneo do referido autor. Assim nos exprimimos porque os historiadores asseguram que lhe foram incorporados, além do Direito Costumeiro Germânico, do Direito Romano e do Direito Canônico, várias leis de Rodolfo 1º, fundador da monarquia austríaca, que governava ao tempo da organização desse *Espelho* (1273 a 1291), alguns textos da Bíblia, certas leis municipais e costumes locais alheios à influência marcadamente germânica. E, como foi exatamente a partir do fim do século XIII que se acentuou a cultura jurídica romana na Alemanha, que, afinal, veio a adotá-lo como Direito vigente, do século XV em diante, não errará talvez quem afirmar ter sido o *Espelho da Suábia* o iniciador científico da transição do Direito Germânico puro para o *Direito Alemão,* que é um precipitado de três elementos – o Direito Germânico, o Direito Romano e o Direito Canônico.

O *Corpus Juris Germanici* não foi sistematicamente organizado e o que existe com tal denominação nada mais é do que a reunião ou coordenação, em um só todo, dos monumentos acima indicados, sem cunho oficial, ou com a necessária autenticidade, de forma a merecer confiança. Mas, se, por falta deste cunho oficial, não se pode atribuir autenticidade ao *Corpus Juris Germanici,* também ao *Corpus Juris Civilis* ocorre a mesma falta, porque, nem Justiniano, nem qualquer dos seus sucessores mandou organizar em um só todo as coleções das *Institutas, Digesto, Código* e *Novelas,* que constituem o *Corpus Juris Romanorum.*

É certo, porém, que os elementos componentes do *Corpus Juris Romanorum* são de indiscutível autenticidade, o que não acontece, rigorosamente, com os elementos que figuram em algumas edições de leis germânicas com o nome de *Corpus Juris.* Há várias edições, como as de Georgisch, publicada em 1738, com o nome de – *Corpus Juris Germanici Antiqui* –, de Walter, publicada em 1824, com o mesmo nome, – a de Stein, Pertz e Waitz, com o nome de *Monumenta Germaniæ,* a de Conciani, intitulada – *Barbarorum Leges Antiquae* e outras[38]. Mas, estas mesmas não inspiram confiança absoluta, pela incerteza da legitimidade das fontes onde foram hauridas.

38 Veja-se Alexandre Braun – *Traité Pratique de Droit Civil Allemand* – intr. hist.; Martins Júnior – Cit. *Hist. Geral do Direito* – pág.163.

Eis aqui, em traços rápidos, o Direito Regional da Alemanha, quando o Direito Romano, por uma multiplicidade de fatores, dominou quase inteiramente a grande Germânia, que, no dizer de Glasson, "deu no decurso da Idade Média, o exemplo único na história de um povo que, cônscio da sua incapacidade, pede ao estrangeiro uma legislação de outros tempos, para voluntariamente se lhe submeter"[39] – e, podia acrescentar, não se limitando a trazer para os centros da nação os *códigos de leis*, mas, também, mandando estudar esses códigos nas gloriosas *cátedras* das universidades estrangeiras e nas próprias que, para isto, criou em seu território, com grande proveito para o progresso intelectual do país e da Europa em geral.

Estudando a marcha evolutiva da penetração do Direito Romano na Germânia, desde o século XV, disse o eminente mestre conselheiro Cândido de Oliveira[40]:

"Não é que o Direito Romano fosse completamente desconhecido nos países transalpinos. Na Germânia, como na Gália França, fora sempre a lei pessoal das populações romanas.

"Reputado a *naturalis ratio*, o seu espírito penetrou nos estatutos, sem, contudo, assumir um caráter obrigatório. Somente no correr da luta entre o Império e o Papado é que a evolução do seu valor legislativo se manifestou rápida, ao ponto de ser invocada a doutrina das *Pandectas*, não como fonte subsidiária, mas, de preferência ao próprio direito nacional.

"O imperador teutônico reputava-se o sucessor do César romano. Porque não aplicar o direito do seu antecessor.

"As universidades e tribunais olharam-no como o melhor dos modelos doutrinais; se ele nunca foi expressamente considerado como um código oficialmente obrigatório, nem mesmo pela Câmara Imperial de Wetzlar, o número crescente dos juristas deu-lhe um valor preponderante, por esta preparação lenta e singular, em que um direito estrangeiro substituía o nacional.

"Assim, observa Mittermeyer, o Direito Romano, fundindo-se com o Direito Germânico anteriormente em uso, tornou-se um direito nacional, constituindo-se, a partir do XVI século, o elemento principal do *gemeine Rechi.*

---

39 *Le marriage civil et le divorce* – pág. 201.

40 Cit. – *Liç. de Leg. Comp.* – pág. 479.

"Destarte, o direito comum alemão (*das deutsche gemeine Rechi*) que, até 1900, regia as relações jurídicas de uma terça parte dos habitantes do Império, repousava sobre uma dupla base, a romana e a germânica. Se os dous elementos se confundiam na prática, na teoria se achavam completamente discriminados.

"Os autores em seu tratado, os professores em seus cursos, estabeleciam a linha de separação entre as *Pandectas* e o Direito comum alemão."

Mas, até que chegasse a época da definitiva unificação do Império, a Alemanha regia-se, com os seus quarenta milhões de habitantes, pelo Direito Romano, pelo código austríaco, pelo *Landrecht Prussiano*, pelo Direito dinamarquês, pelo *Landrecht Badense* e pelo Código Civil Francês. Estes monumentos legislativos tinham aplicação em zonas diversas e variavam de língua na expressão dos textos, alemã, latina, grega e francesa.

Fácil é compreender os inconvenientes desta situação e como a unificação do império reclamava a unificação do Direito.

OS CÓDIGOS ALEMÃES – Promulgadas a Constituição de 15 de abril de 1871, e reconhecido o poder legislativo do *Reichstag* para decretar leis de aplicação geral, a lei de 20 de dezembro de 1873 incluiu a codificação civil como objeto dos trabalhos parlamentares.

Esta deliberação encontrou, todavia, certa oposição da parte dos Estados confederados, mas, venceu, afinal, a boa causa, e o Conselho Federal nomeou uma comissão de onze membros, com sede em Berlim e sob a presidência do Chanceler do império[41] para formular o projeto do Código Civil.

A comissão, no intuito de organizar as bases do trabalho, recolheu a legislação dos Estados, fez uma escolha do que havia de melhor e fundiu os subsídios apurados em dezenove volumes, com 12.313 páginas,

41 Fizeram parte da comissão: Drs. Pape, Derscheid, Gebhardt, Johov, von Kübel, Kurlbaun, Plank, von Schmidt, Neubauer, Achilles, Boerner, Struckmann, von Lieben, Ege, Braun, Vogel (estes 7 últimos como colaboradores) e mais o eminente romanista Windscheid e o notável germanista Roth.

formulando o projeto, que ficou pronto em dezembro de 1887, depois de penoso trabalho de longos treze anos.

O projeto manifestou uma acentuada tendência ao aproveitamento e preponderância do Direito Romano, com sacrifício do Direito Germânico, o que motivou uma forte reação contra a obra e deu lugar à nomeação de uma nova comissão para revê-la, composta de juristas práticos, com assistência de quatro membros da primeira comissão. Depois de cinco anos de trabalhos, de 1890 a 1895, foi afinal o projeto apresentado ao *Reichstag*, onde, examinado por uma comissão de 21 membros, discutido[42], modificado e aprovado, foi, finalmente, promulgado em 18 de agosto de 1896, para entrar em vigor no dia 1º de janeiro de 1900. Está dividido em 5 *livros*, os livros subdivididos em *seções, títulos e artigos*. Tem uma lei de introdução (*Einführungsgesetz*), e, ao todo, 2.603 artigos, dos quais 218 são da lei de introdução.

A distribuição das matérias de que trata obedeceu ao seguinte critério: 1º Livro – Parte Geral – *Pessoas, Bens, Atos Jurídicos* –; 2º Livro – *Direito das obrigações* –; 3º Livro – *Direitos reais* –; 4º Livro – *Direitos de Família* –; 5º Livro – *Sucessões.*

A *Einführungsgesetz* tem 4 seções: a 1ª – *Disposições Gerais,* – a 2ª – *Relações entre o Código Civil e as outras leis do império,* – a 3ª – *Relações entre o Código Civil e as leis dos estados confederados* e a 4ª – *Disposições transitórias.* O nome oficial do monumento é – *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* – (Código Civil para o Império Alemão).

Representando a fusão dos princípios científicos e históricos do Direito Civil, coordenado em cuidadosa disposição das matérias todos os institutos jurídicos, refletindo a influência do Direito Romano e das legislações locais do império, traduzindo em forma vigorosa a sobriedade e segurança do pensamento alemão, o Código Civil da Alemanha, que se tornou o inspirador de todos os outros dos povos cultos que lhe sucede-

---

42 Os mais notáveis parlamentares tomaram parte nos debates, entre os quais salientaram-se, como atesta Raul de la Grassérie – *Code Civil Alemand* – introd. – pág. XXIV, Lenzmann, Bachen, Stadhagen, von Cuny, Bebel, Niederling, Groeber, von Buchen, von Stumm, Dziembowski, Ennecerius, Aner, Frohm, Lieber, Rickert, Traeger, Planck.

ram[43] "*encerrou dignamente,* como disse Grassérie, o *período jurídico do XIX século*" e plantou um marco assinalado para orientar a cultura jurídica da humanidade.

Convém, todavia, não esquecer também os trabalhos realizados na Alemanha relativamente à codificação do Direito Comercial, Penal e do Processo Civil e Criminal.

O Código do Comércio para a confederação da Alemanha do Norte foi promulgado em 1869 e o Código do Comércio alemão em 1897 para entrar em vigor, segundo o artigo 1º da sua lei de introdução, ao mesmo tempo que o código civil, com as duas exceções que estabelece.

Está dividido em quatro *livros,* os *livros* subdivididos em *títulos, seções* e *artigos.*

O livro 1º trata – *Do Comércio em Geral* –, o 2º – *Das Sociedades de Comércio e da Sociedade Tácita* – , o 3º – *Dos Atos de Comércio* – e o 4º – *Do Comércio Marítimo.*

Como o Código Civil, tem uma *Lei de Introdução,* com 28 artigos, subdivididos em vários números e 905 artigos no seu texto.

Desde 1506, com a publicação da *Ordenança Criminal de Bamberg,* na Baviera, a Alemanha revelava a tendência para a unificação da legislação penal; mas, os interesses regionais, em colisão, iam embaraçando a realização da idéia, de maneira que, ao advento da remodelação política de 1870, a confederação estava em situação muito mais precária em relação ao Direito Penal, do que propriamente em relação ao Direito Civil, pois, quase todos os Estados tinham leis penais, mais ou menos dessemelhantes, como as de Altemburgo, Brunswick, Hesse, Hamburgo, Prússia, Saxe, Turíngia, etc.

Como conseqüência da nova ordem de coisas, aceleram-se os trabalhos de codificação penal e o projeto de código, formulado por uma comissão de sete criminalistas, foi convertida em lei e promulgado como Código Penal do império alemão em 31 de maio de 1870, tendo sido retocado em 1876 e, posteriormente, por leis avulsas. É de 1872 o Código Penal Militar.

---

43 Orientaram-se pelo Código Civil alemão em várias partes de suas disposições os Códigos Civis do Japão, da Suíça, do Brasil, da Turquia e da China.

Datam de janeiro de 1877 os Códigos do Processo Civil e de Instrução Criminal.

Toda essa legislação codificada e una representa a mais elevada e notável cultura jurídica, constituindo-se, por isso, objeto de estudos sérios em todos os departamentos da nossa ciência e chamando para os juristas alemães a atenção dos centros intelectuais e dos cultores do Direito em toda parte do mundo.

No que diz respeito particularmente ao Direito Romano, a literatura alemã tem sido um verdadeiro e admirável prodígio de fecundidade, podendo dizer-se que, atualmente, ninguém pretenderá, com justiça, vestir a toga de romanista, sem ir buscar o seu molde nos livros dos grandes mestres da doutíssima Alemanha.

Título IV

O DIREITO IBERO-AMERICANO

SUMÁRIO – RÁPIDA RESENHA DA FORMAÇÃO DO DIREITO NA PENÍNSULA IBÉRICA. A DESCOBERTA DA AMÉRICA, O TRATADO DE TORDESILHAS E O DIREITO TRAZIDO PARA O NOSSO CONTINENTE. A INDEPENDÊNCIA DOS POVOS AMERICANOS. O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO E AS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO, DESDE O CONGRESSO INTERNACIONAL DO PANAMÁ ATÉ ÀS CONFERÊNCIAS PAN-AMERICANAS. OS PROJETOS DO CÓDIGO DE EPITÁCIO PESSOA E SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE. O PRINCÍPIO DA *UNIDADE* E *IRREDUTIBILIDADE* DA SOBERANIA. ELIHU ROOT E A 3.ª CONFERÊNCIA PAN-AMERICANA NO RIO DE JANEIRO. RUI BARBOSA EM HAIA. O PRINCÍPIO DO CONDOMÍNIO DAS ÁGUAS LIMÍTROFES E O BARÃO DO RIO BRANCO. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: O *JUS SOLI* E O *JUS SANGUINIS*. O INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE BERLIM. O DIREITO INTERNO E OS CÓDIGOS CIVIS E COMERCIAIS DE VÁRIOS PAÍSES DA AMÉRICA. HÁ UM DIREITO IBERO-AMERICANO?

ESTUDAR a origem da primitiva sociedade luso-espanhola, ou melhor, procurar saber quais foram os primeiros habitantes da Península Ibérica, para poder conhecer a natureza íntima do seu Direito e da sua irradiação extrapeninsular, é trabalhar com material insuficiente para uma construção sólida, ou deter o espírito na apreciação de inúmeras conjecturas, que a inutilidade do resultado torna-se manifesta.

Como exemplo frisante do nosso asserto, basta ver que *Frei Bernardo de Brito*[1], escrevendo sobre as origens da monarquia portuguesa, afirma que o primeiro ocupante do solo português foi *Tubal,* neto de *Noé,* a quem se deve a fundação da cidade de *Setúbal.*

O frade português, para fazer tal afirmação, seguiu provavelmente o critério que, séculos depois, adotou *Humboldt,* procurando na filiação lingüística a origem das populações e, como *Setúbal* termina com o nome do bisneto de *Lamech,* não teve dúvida em atribuir-lhe a fundação daquela cidade.

Registrando esta fantasia, que não temos em vista comentá-la, mas, tão-somente mostrar com que materiais teríamos de trabalhar, se procurássemos em fontes da mesma espécie os elementos para assentar as bases do estudo que vamos fazer.

Entretanto, acompanhando os fatos no seu período rigorosamente histórico, já verificamos que a *Península Ibérica* apresenta-se-nos a princípio, como um país vítima das invasões, a começar pelos *cartagineses,* depois pelos *romanos,* mais tarde pelos *bárbaros,* predominando os *visigodos,* e, finalmente, pelos *mouros,* e só depois da expulsão destes de *Granada,* puderam dominar os naturais do país e imperar os reis católicos, sucessores de *Pelágio,* o herói de *Covadonga* e fundador do reino das *Astúrias*[2].

Destes invasores apenas os *romanos* e *visigodos* deixaram na *Península Ibérica,* aqueles, monumentos de *Direito* e, estes, traços acentuadamente característicos de civilização jurídica. Relembremos, porém, alguns antecedentes.

Dominada a *Ibéria* pelos *cartagineses,* dirigidos por *Aníbal,* Roma encheu-se de apreensões e o *Ebro* foi o traço natural divisório das duas forças gigantescas que se iam bater naquelas regiões. Do lado oriental, os *romanos*; do lado ocidental os *cartagineses.* O cerco de Sagunto, defendida heroicamente pelos seus habitantes, fiéis à dominação romana, provocou, mesmo em Cartago, opiniões diversas sobre o audacioso golpe do jovem

---

1 *Monarquia Lusitana* – parte I – ed. de 1690 (*apud.* CÂNDIDO DE OLIVEIRA – *Lições de Legislação Comparada* – página 45).

2 Veja-se L. 2º, T. T. II, III e IV.

general e no Senado, *Hannon,* o inimigo irreconciliável da família dos *Barcas*, predizia que o exército do ousado guerreiro havia de ficar soterrado nas ruínas da cidade sitiada[3].

Depois do incêndio de *Sagunto*, a vitória de *Canas*. Mas, nada impediu que os *romanos* invadissem a *Península Ibérica* e aí se estabelecessem permanentemente.

Ao país conquistado dominaram sob o tríplice ponto de vista: econômico, militar e jurídico.

Sabido qual era, então, o progresso do *Direito Romano*, quer quanto às *leges*, quer quanto ao *jus*, fácil é compreender qual deverá ser a influência desse Direito sobre a vida do povo dominado, que, por outra causa de ordem prática, não mais cogitou de fazer valer suas rudimentares regras de *Direito Consuetudinário* e submeteu-se gostosamente ao império da legislação romana.

Entretanto, não obstante a nenhuma oposição ou reação popular à dominação jurídica, nenhum monumento, de linhas assinaladamente peninsulares, foi organizado para o povo ibero-romano. A não serem certos atos de caráter administrativo, como o do título de "*Municipium Civium Romanorum*", concedido a Lisboa, o que fez com que os seus habitantes gozassem do *Jus Civitatis*, e o desmembramento da *Península* da *Prefeitura* das *Gálias*, dividida em Citerior e Ulterior, e depois nas três Províncias *Tarragonense*, *Lusitânia* e *Bética,* tendo como corpo de legislação o Edito Provincial, nada mais mereceu o país conquistado das autoridades legislativas de *Roma.*

Os romanos sempre se revelaram orgulhosos e egoístas: *Roma* era o centro das grandes instituições jurídicas, cujo desenvolvimento se acentuou por tal forma, que chegou a provocar do eminente Pretor *Sálvio Juliano*, o notável autor de *Edictum Perpetuum*, a afirmação de que "*todas as cidades deviam observar os costumes e as lei de Roma, que era a capital do mundo*"[4].

---

3 César Zama – *História dos Três Grandes Capitães da Antiguidade* – Aníbal, César e Alexandre.

4 Cod, L. 1º, T. XVII, const. 1º, § 10 – "*...secundum Salvi Julianni scripturum quae indicat debere omnes civitates consuetudinem Romae (et leges), quae caput est orbis terraram*".

Esta frase, embora reveladora do orgulho indomável da raça prodigiosa que dominou a Europa, a Ásia e a África, não contém somente a manifestação de um desejo justificado, mas, também, o vaticínio de um extraordinário vidente.

Roma conseguiu o máximo de prestigio sobre todos os povos do universo e, ainda hoje, domina o pensamento humano pela influência poderosa da civilização que ela soube organizar e expandir com as três grandes unidades de que fala *Jhering* – *a unidade do Estado, a unidade da Igreja e a unidade do Direito.*

Mas, tudo quanto esse povo glorioso conquistou pela força do braço, dando-lhe uma extensão territorial imensa, dilatando o seu domínio material a quase todos os recantos da Terra, teve de perder, pouco a pouco, até chegar à penosa situação de ver-se esmagado pelos povos invasores e o solo da Pátria profanado, retalhado e partilhado entre os seus implacáveis inimigos.

Edificante lição da história para todos os povos modernos. A preocupação de ser senhora do mundo, pelo triunfo constante de suas armas, foi a causa da sua própria ruína. O desperdício de forças na época da virilidade, levou-a a uma espécie de senilidade prematura, colocando-a na impossibilidade de resistir, com vantagem, ao vigoroso ataque dos povos que lhe disputavam a supremacia[5].

Foi por isso que, como já vimos, quando mais vastos eram os seus domínios, do norte e centro da Europa, povos diversos, repetindo a tentativa malograda do tempo de Mário, invadiram as Gálias, a Itália e a distinguiam dos demais pela disciplina militar, pela força e pela audácia dos golpes. Eram os *godos*, divididos em dois ramos: *ostrogodos* e *visigodos*. Aqueles invadiram a Itália e fixaram-se na Espanha. As portas dos Pireneus foram abertas pelos soldados honorianos e deram passagem aos *visigodos*; as explosões de audácia na batalha de *Adrianópolis* romperam o caminho para *Roma* e o grande Império teve de cair ao poder, não do mais forte, mas sim da audácia, da disciplina, da coesão, formas que assume a lógica da História para corrigir os desvios dos povos que adormecem à sombra do

5 Veja nossa conferência *Os grandes Jurisconsultos Romanos* – no folheto "Jubileu Científico do Professor Cons. Dr. Cândido Luís Maria de Oliveira" – pág. 34.

luxo e dos gozos materiais, com esquecimento dos sagrados deveres para com o passado e para com a Pátria.

Dominada a Ibéria, as cidades de Braga, Córdoba, Mérida, Sevilha, Tarragona e outras, que até então viviam na paz e prosperidade, a ponto de serem consideradas as mais ilustres do Império Romano, transformaram-se em pasto de gozos e de anarquia e começaram a experimentar todo o peso do braço e da força dos invasores.

Em meio do novo flagelo, só quem velava pela sorte dos conquistados era um punhado de sacerdotes cristãos, sem armas para a defesa, é certo, mas, dotados de uma energia admirável, de uma força de convicção invencível e de um amor sem limites ao cumprimento de seus deveres apostólicos.

Fundada a monarquia ostrogótica, na Itália, *Teodorico*, rei dos ostrogodos, fez publicar no ano de 500, uma compilação de excertos do Código Teodosiano, das Novelas posteriores e das sentenças de *Júlio Paulo*, para reger as relações jurídicas, não só dos ostrogodos, como também dos romanos vencidos: é o "*Edictum Theodoricii*".

Fundada a monarquia visigótica e estabelecido definitivamente o seu poder na Espanha, a corte de Toledo tornou-se um foco de irradiação, mesmo jurídica, posto que os godos não fossem espíritos talhados para derramar luz jurídica sobre um povo que havia vivido durante largo tempo sob a dominação dos romanos.

Eurico, servindo-se de um jurisconsulto de nome Leão, mandou organizar uma compilação das leis até então em vigor, quer dos antecessores, quer as suas próprias, servindo-se o compilador, em larga escala, dos institutos de Direito romano, mas, deturpando-o por tal forma, que os naturais do país não puderam suportar a nova legislação e levantaram o grito de desobediência contra o chamado "*Código Euriciano*".

Alarico II, filho e sucessor de Eurico, compreendendo a necessidade de uma vasta reforma e melhor organização da legislação peninsular, confiou a *Goiarico*, conde palatino, a confecção de um compêndio de leis godas, reservando-se o Código Euriciano para reger as relações dos godos entre si.

O organizador do novo Código procurou beber nas melhores fontes do Direito Romano, principalmente nos Códigos *Gregoriano, Her-*

mogeniano e *Teodosiano*, nas *Sententiæ Receptæ de Julius Paulus*, nas *Institutas de Gaius* e nas *Novelas* do Imperador *Teodósio II*, o jovem. A esta compilação, que recebeu a denominação de *Breviarum Alaricianum*, juntou *Aniano* algumas interpretações dos textos que poderiam ser mal entendidos, pelo que também ficou sendo conhecido pela denominação de *Breviarium Aniani*.

Depois destes trabalhos, que deixaram vestígios indeléveis na história do Direito peninsular, vieram os trabalhos de *Leovigildo*, o ilustre guerreiro e o mais notável e hábil dos monarcas visigodos, que, auxiliados pelo grande bispo metropolitano de Sevilha, *Leandro*, e seus irmãos *Fulgêncio* e *Isidoro*, preparou o advento do *Forum Judicum*, conseqüência inevitável do brilho do seu governo, do desenvolvimento das idéias jurídicas e da unidade nacional e religiosa assegurada por seu filho *Recaredo*, no celebre 3º Concílio de Toledo.

Mais tarde vieram as tentativas de *Sizenando*, *Chintila*, *Chindasvindo*, *Ervígio*, e *Egica*, cujos trabalhos nos Concílios de Toledo levaram a bom termo a organização do *Forum Judicum*, monumento de alto valor, que podemos considerar a fonte primitiva de o Direito *Ibero-Americano*.

São dignas de transcrição estas palavras de Oliveira Martins sobre o *Forum Judicum*:

"Embora sistematicamente organizado, o *Fuero Juzgo* reproduz as antigas leis, modificadas a subordinadas, porém, a um plano geral e às idéias propriamente jurídicas; mas difere decerto dos modernos códigos, que, partindo da base primordial dos direitos naturais, obedecem mais ou menos submissamente à lógica. O elemento histórico e político tem um papel predominante, e os historiadores juristas distinguem quatro espécies nas leis que compõem o *Forum Judicum*: – as que emanam do rei, com ou sem o concurso da *aula régia*, ou conselho de Estado; as que, sob proposta do monarca, são votadas nos concílios nacionais de Toledo, onde o clero domina; as leis sem data nem nome do autor, e que parece terem pertencido às antigas coleções godas; e, finalmente, as leis extraídas dos códigos romanos e adaptadas às exigências atuais – *"antiqua noviter emendata"*.

"Contudo, apesar do necessário predomínio do elemento histórico e político comum a todas as legislações análogas, o código visigótico tem para a filosofia um caráter e um alcance especiais que tornam um

monumento de um precioso valor. Educado pela civilização romana, o clero espanhol conservava a tradição dos antigos dominadores; por isso a lei é geral e não pessoal; por isso se refere ao território e não ao estado das pessoas ou classes; por isso é uma regra e não um catálogo de exceções; por isso e filosófica e não apenas histórica.

"Se as leis são *públicas* e não *privatæ*, como no resto da Europa, é porque a conservação da tradição latina permitiu que se mantivesse a idéia de uma autoridade absoluta e que acima do poder da força se pusesse a justiça como critério. O rei só pode sê-lo quando obre com justiça: *rex eris si recta facis, si autem non facis non eris.* Não exageramos, porém, o valor histórico dos monumentos da legislação; entre a lei escrita e a realidade da prática há sempre uma distância notável; e muito maior, agora que, entre o clero, erudito redator das leis, e os príncipes e barões, seus executores, de nenhum modo fiéis, se abre um abismo" [6].

O *Forum Judicum* entrou em vigor em 693 e era conhecido por denominações diversas, tais como *Liber Judicum*, *Codex Legum* e *Lex Wisigothorum*, tendo sido definitivamente aprovado, com a última denominação, como vimos, no XVI concílio de Toledo, embora a rubrica[7] diga que a sua composição teve lugar no ano de 681. Regeu os destinos da Península Ibérica até a tremenda catástrofe da queda do Império Visigótico, pela invasão sarracena, conseqüente à célebre batalha de *Chryssus*, e realizada pelo exército de *Taric* e *Musa*, com a ocupação de Córdoba, Archidona, Elvira, Niebla, Carmona, Sevilha, Medina, Sidonia, Ossuna, Beja, Mérida, Saragoça e Toledo.

O *Forum Judicum* foi traduzido em castelhano por ordem de D. Fernando III e dado como *Foro Particular* à cidade de Córdoba em 1241.

Fundado o *Califado de Córdoba*, que se tornou um centro de civilização notável para aqueles tempos, entre os mouros vencedores e os godos-romanos vencidos começaram as lutas provocadas, principalmente, pela diversidade de crenças religiosas: os invasores, divididos em várias sei-

---

6 *História da Civilização Ibérica* – pág. 93.

7 A rubrica está assim redigida: "Este libro fu fecho de sessenta e seys Obispos, em o quarto conseyo de Toledo, ante la presencia del Rey don Sisnando, em o tercero ano que el regno, ena era de seyscientos e ochenta e um ano. Rey Sisnando."

tas, os invadidos fiéis ao *cristianismo*, formando-se, assim, uma população mesclada, muçulmano-cristã, em permanente hostilidade recíproca. Mas, se a fé dos cristãos dava-lhe força e audácia para a conquista das consciências muçulmanas, as preocupações econômicas e literárias dos adeptos do Islã davam-lhes um certo espírito de tolerância. As leis e costumes dos vencidos regulavam suas relações privadas; os condes e juízes nacionais foram mantidos em muitos pontos do país e não tardou a permissão para o culto público, livremente praticado, da religião cristã. Disto resultou a formação da população chamada *moçárabe*, cuja influência na organização da Espanha intelectual foi incontestavelmente benéfica e frutuosa.

No terreno jurídico, porém, os mouros nada fizeram que mereça estudo particular, pois, a não serem certas expressões dadas a funcionários públicos e repartições do Estado, como *Alcaide* (governador), *Almotacel* (inspetor de pesos e medidas), *Aguazil* (oficial de justiça), *Alfândega* (repartição arrecadadora de impostos), e outras, nada mais encontramos de notável.

Embora a legislação goda vigorasse no tempo da dominação árabe, todavia, a ação lenta dos costumes foi modificando o império do *Forum Judicum*, de forma que quando os mouros foram expelidos do território da península, o Direito que aí vigorava já não era exclusivamente o monumento da legislação visigótica, mas, sim, umas leis de caráter territorial, misto de regras de Direito Civil, Criminal e Administrativo, verdadeiros *códices municipais*, outorgado pelos monarcas, sob a denominação de *Forais*, entre os quais tornaram-se notáveis os concedidos pelos reis de Leão e Castela aos municípios de Cuenca, Logroño, Najera, Sepúlveda e o *Fuero Viejo* de Castela, organizado por D. Afonso VIII, em 1212, depois dividido em livros e títulos por ordem de D. Pedro, em 1336.

"Desde o reinado de Afonso, o sábio", diz o conselheiro Cândido de Oliveira[8], "até o advento dos reis católicos, houve notável incremento na legislação privada de Castela. São desse tempo: a) – O Especulo, – b) – O Fuero Real, - c) – As Siete Partidas, – d) – As Leis do Estilo, – e) – O Ordinamiento de Alcalá, – f) – os Fueros de Aragão, – g) – Os Fueros de Valência, – h) Os Fueros de Navarra, – i) – Os Fueros das Províncias Vascongadas."

8 *Legislação Comparada* – lição 22, págs. 259 e seguintes.

Dessas coleções, a mais notável é sem dúvida alguma a que recebeu a denominação de *Siete Partidas*, organizada no tempo de Afonso X, o *sábio*, tendo sido começada em 1256 e terminada em 1265.

Esta compilação, a mais vasta e completa daqueles tempos, constitui a base fundamental de todas as legislações sistematicamente organizadas da Europa, depois da codificação do Imperador Justiniano. Foi a iniciadora da renascença dos estudos jurídicos aplicados à organização sistemática de monumentos. Foi a conseqüência daquela situação de espírito tão bem assinalada pelo ilustre Dr. Carlos Otávio Bunge, no seu conceituoso discurso de recepção, proferido, em 7 de outubro de 1912, na Academia de Direito e Ciências Sociais, de Buenos Aires, estudando a crise dos cursos jurídicos[9], quando assim se exprime:

"Como nos primeiros séculos médios bastassem aos povos ocidentais as normas contidas nos costumes e no *Edictum Theodorici*, na *Lex Romana Borgundionum*, na *Lex Romana Wisigothorum*, no *Liber Judiciorum* e outras compilações semibárbaras, estancou-se e desfaleceu a jurisprudência até princípios do século XII.

"Experimentou-se, então, ainda que vagamente, a necessidade de constituir as nacionalidades modernas, como centro de coesão política, ofensiva e defensiva, e não havia outro meio para robustecer o despotismo da realeza, o qual comportava toda uma revolução jurídica. Serviram para este efeito o Direito Justiniano, por seu cesarismo, e o Direito Canônico, por conter latente em si a doutrina da soberania e do direito divino.

"Nos *studia genaralia* dos claustros floresceu o cultivo de ambos os direitos, especialmente, segundo o *Digesto* e segundo as *Decretais*, autênticas ou falsas. Este período brilhantíssimo da jurisprudência, que produziu Irnério e demais glosadores, Bártolo, o mestre Roldan, Afonso, o sábio, e mais tarde Montalvo e Cujácio, manteve-se, ainda que descrente e renovando-se logo com Grócio e Puffendorf, até o século XVII."

Eis aí, em poucas palavras, o ciclo da evolução jurídica provocada e encaminhada pelos sábios Mestres da Escola de Bolonha, grande foco luminoso aceso pela descoberta de Amalfi, alimentado pelos estudos do

9 *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales* – Tom. 1, p. 7.

Direito Longobardo na Escola de Pávia, do Direito Romano na Escola de Ravena e elevado ao mais alto grau de aperfeiçoamento pelos trabalhos de Acúrsio e dos Pós-Glosadores.

Traduzidas para a língua portuguesa, as *Sete Partidas* ficaram sendo o direito subsidiário por excelência, regulando muitas das matérias não tratadas nas chamadas *Leis Gerais*, e ao lado destas, corrigindo-lhes os excessivos privilégios clericais, as concordatas, formando-se, assim, um conjunto de fatores para a reconstrução do Direito até o reinado do Mestre de Aviz, o celebre bastardo, filho de D. Pedro I de Portugal, o iniciador da 2ª dinastia e valoroso vencedor de Aljubarrota.

Mas, ao lado da legislação de caráter geral, os *Forais* continuaram a especializar a legislação municipal, contribuindo também para a evolução do Direito Civil e Criminal, embora tivessem colocado o país durante algum tempo na difícil situação de não ter leis uniformes, o que fez a unidade nacional correr sérios perigos.

Separado Portugal da Espanha, apurado o sentimento patriótico e o espírito de nacionalidade, natural era que os portugueses procurassem organizar uma legislação genuinamente nacional, completando, assim, a separação entre os dois povos, mas, séculos já tinham decorrido da batalha de Ourique (25 de julho de 1139) e a unidade de legislação ainda se não havia tornado uma realidade, como exigiam aquele sentimento patriótico e espírito de nacionalidade.

É que outra era a razão. A unificação do Direito, a codificação das leis privadas, não está ao arbítrio das vontades dos governantes ou dos legisladores; é um fenômeno fisiológico do Direito, é trabalho do aparelho circulatório do organismo jurídico, operando a *sístole do direito*, da mesma forma que o coração e as artérias operam no corpo animal a *sístole* para a circulação do sangue[10].

As *Ordenações Afonsinas*, que constituíram o primeiro código de leis para Portugal, vieram oportunamente, ou melhor, chegaram exatamente na ocasião em que o fenômeno da *diástole do direito* devia cessar para dar lugar ao aparecimento da *sístole* correspondente.

10 Veja-se – *Fisiologia do Direito Romano – A sístole e a diástole* – L. 1º, T. V – págs. 117 e seguintes.

A *diástole jurídica* levou Portugal a uma verdadeira confusão legislativa, de forma que os trabalhos de D. João I, do Corregedor João Mendes, de Rui Fernandes, do Dr, Lopo Vasques, dos desembargadores Luís Martins e Fernão Rodrigues, coroados de felicíssimo resultado, deram lugar à promulgação das *Ordenações Afonsinas,* no governo do rei menino D. Afonso V, o *Africano,* que tinha por tutor D. Pedro, Duque de Coimbra, sendo publicadas em 1446.

Depois das *Afonsinas,* vieram as *Manuelinas*; não que estas tivessem aparecido por uma necessidade de reforma na legislação existente, mas, porque D. Manuel, o *Venturoso,* queria também ligar ao seu reinado não só as glórias das grandes descobertas como as dos grandes monumentos do saber.

As *Ordenações Manuelinas* em muito pouco diferem das *Afonsinas* e, a não ser a melhoria da linguagem, o que de mais elas fizeram não merece especial menção. Todavia, foram elas que regularam as relações jurídicas dos portugueses, desde 1521, ano da sua promulgação, até 1603, ano em que foram substituídas pelas chamadas *Ordenações Filipinas,* tendo sido estas, com algumas modificações, o código do direito privado dos brasileiros até 1916.

Vimos através das considerações até aqui feitas, e reproduzindo noções anteriormente desenvolvidas, a evolução da civilização jurídica da Península Ibérica, manifestando-se no *Breviarium Alaricianum,* no *Forum Judicum* e na sua tradução em *El Libro de los Jueces* ou *Fuero Juzgo,* na *Ley de las Siete Partidas,* nos Forais, nas *Leis Gerais,* nas *Ordenações Afonsinas, Manuelinas* e *Filipinas.* Vejamos agora, como estes grandes monumentos jurídicos contribuíram para a formação do Direito na *América Latina,* fomentando a organização de instituições jurídicas em outras condições de meio e de aptidões, de forma a constituir o que chamamos *Direito Ibero-Americano.*

O grande Mestre *Rudolf von Jhering,* estudando a influência do Direito Romano na regulamentação das relações dos povos civilizados, afirma que "o Direito Romano foi a princípio adotado como Código de leis, e este período de sua louçania foi o reinado da escola, estado de mal-estar embaraçoso, que, posto transitório, era legítimo e necessário e que teve o seu fim. Quando os povos sentiram que haviam passado da idade de aprendizagem, sacudiram o jugo e novos Códigos ocuparam o lugar do *Corpus Juris.* Perdeu, por isto, o Direito Romano a sua importância? Não,

como a escola não perde-a quando a deixamos, depois de haver acabado os estudos, porque trazemos conosco o que nela aprendemos. No fundo, como na forma, todas as legislações modernas se baseiam no Direito Romano, que chegou a ser para o mundo moderno, como o Cristianismo, como a literatura e a arte greco-romana, um elemento de civilização, cuja influência não se limita unicamente às instituições que lhe pedimos. Nosso pensamento jurídico, nosso método e nossa forma de intuição, em uma palavra, toda a nossa educação jurídica, são romanos" [11].

O mesmo se pode dizer em relação a todo o Direito que regulava as relações dos povos da Península Ibérica, quando, descoberta a América por *Cristóvão Colombo,* foi o novo mundo sucessivamente visitado pelos exploradores Corte Real, Caboto, Ojeda, Pizón, Diogo de Lepe, Américo Vespúcio, Solis, Balboa, Magalhães e Pedro Álvares Cabral.

As raças antigas que habitavam o continente, hoje desaparecidas, toltecas, astecas, caraíbas, incas, etc., não deixaram traço de civilização jurídica, a não serem os últimos.

Revelado à Europa o novo mundo, forte corrente imigratória para aqui se dirigiu. Anglo-saxões, espanhóis, portugueses, principalmente, procuram o novo continente, constituindo, aqui, novas pátrias, entre as quais foram formadas por populações ibéricas a Argentina, Bolívia, Chile, Cuba, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, São Salvador, Uruguai, Venezuela e Brasil.

O Tratado de Tordesilhas, que estabelecia fronteiras românticas entre os territórios de Portugal e Espanha, mera contemporização daqueles tempos, não teve força para impedir as lutas entre portugueses e espanhóis sobre territórios, principalmente no que dizia respeito à Colônia do Sacramento. Felizmente, porém, circunstâncias diversas concorreram para que, em 13 de janeiro de 1750, fosse firmado o celebre ajuste de limites entre os contendores.

"Na história das relações internacionais", diz *Araújo Jorge*[12], "o Tratado de 1750 é duplamente importante: por abandonar o famoso meri-

---

11 *Espíritu del Derecho Romano* – Trad. Satorres – 1912 – vol. 1.º, pág. 22 (Tit. I, § 1º).

12 *Ensaios de História e Crítica* – 1ª part. (Alexandre de Gusmão), pág. 46.

diano de Tordesilhas, que reduziu o Brasil a uma nesga de litoral, debuxada a medo nos mapas do século XVII, e por ter deslocado do direito civil para as relações da vida internacional o instituto do *uti possidetis*, como título de aquisição entre povos. Autores nacionais e estrangeiros são unânimes em celebrar a inteligência dos seus negociadores, o espírito liberal que presidiu a sua redação. Rio Branco louvou a 'boa fé, lealdade e grandeza de vistas' que inspiraram este ajuste amigável de antigas e mesquinhas querelas, consultando-se unicamente os princípios superiores da razão e da justiça e as conveniências da paz e da civilização da América."

Os povos que se dirigiram para o novo continente transportaram consigo, das pátrias de origem para as pátrias adotivas, o Direito que ali observavam e a Península Ibérica forneceu ao México e às demais nações da América Central e do Sul os maiores contingentes: do lado da *Espanha o Fuero Juzgo*, a *Ley de las Siete Partidas*, as *Ordenanças Reais de Castela, as Leis do Estilo, o Ordinamiento de Alcalá,* as *Leis* de *Toro,* a nova e novíssima *Recopilação,* etc., etc.; do lado de Portugal as *Leis Gerais*, as *Ordenações Afonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas*, os *Forais*, as *Cartas Régias*, os *Alvarás*, os *Assentos da Casa da Suplicação*, etc., etc.

Com as populações que vieram estabelecer-se na América, provindas da Península Ibérica, necessariamente aquelas leis, aqueles costumes, aquelas regras, cuja pratica constituía um imperativo irremovível, tiveram também de vir e aqui vigorar até que o meio os modificasse, ou impusesse fórmulas novas.

Por sua vez as metrópoles, como um laço de coesão e cunho de autoridade, continuavam a legislar para os respectivos povos, sem preocupações das necessidades regionais e só procurando firmar o predomínio do elemento europeu para resguardar interesses econômicos e intensificar a exploração das riquezas da América em favor do luxo e do bem-estar da Europa.

Para isto, e quase sempre contrariando aspirações e necessidades americanas, estabeleciam princípios fundados na velha legislação, sem atender às condições mesológicas dos países americanos, que exigiam novos institutos jurídicos.

Mas, como já dissemos várias vezes e observa von Jhering, "*os princípios não constituem categorias lógicas, são a concentração das regras materiais e as regras materiais mudam com as relações.* Assim, mudadas

as relações da vida pela mudança do lugar em que elas se desenvolviam, uma necessidade imperiosa mandava que esses povos também mudassem de Direito, embora sem desprezar sistematicamente as regras fundamentais a que vinham prestando obediência desde a pátria de origem.

Daqui a organização de um Direito, nem genuinamente *americano*, nem genuinamente ibérico, mas, sim, participando, ao mesmo tempo, da civilização ibérica pela inspiração bebida nos seus grandes monumentos, e do meio americano, subordinando os seus institutos jurídicos às necessidades locais, modificando-os, muitas vezes, na sua própria essência, e criando tipos novos para institutos secularmente conhecidos e modelados à feição das necessidades de outrora.

Feita a independência política dos povos americanos e recebendo todos eles a caudal das idéias liberais que a Revolução Francesa espraiou sobre o espírito de toda a humanidade, cogitaram, desde logo, da organização de suas leis de *direito público* e de *direito privado*, à semelhança do que acontecera à França com o advento do império napoleônico.

Simon Bolívar, o legendário libertador de povos hispano-americanos, compreendendo que a independência conquistada pelos americanos devia generalizar-se até às reformas do Direito vigente, concebeu a idéia da codificação do Direito Internacional Americano e, para dar-lhe, desde logo, forma concreta, dirigiu, em 1824, quando Chefe Supremo do Peru, a todos os povos da América, inclusive os Estados Unidos, um convite para a reunião do famoso Congresso Internacional do Panamá, realizada em 1826, na qual foi a idéia recebida e começou a preparar terreno para o largo caminho que percorreu.

Várias tentativas foram feitas, como as do México em 1831, 1838 e 1847, 1861, 1867 e 1878, a da Venezuela em 1853, as do Uruguai em 1888 e 1913, as das Conferências Pan-Americanas no México em 1901, no Rio de Janeiro em 1906, em Buenos Aires em 1910, em Santiago do Chile em 1923, em Cuba em 1928 e da célebre reunião de jurisconsultos no Rio de Janeiro, que discutiu e formulou definitivamente os projetos do *Código de Direito Internacional Público*, sobre as bases do organizado por Epitácio Pessoa, e do *Código de Direito Internacional Privado* sobre as bases do organizado pelo Dr. Antonio Sánchez de Bustamante, ilustre

jurisconsulto cubano[13], monumentos que são leis *nacionais*, com modificações que lhes não alteram a substância das disposições.

No que concerne a certas matérias de Direito Público Internacional, o projeto Epitácio Pessoa traduziu o pensamento liberal dos povos americanos, ressalvando os princípios cardeais pelos quais o Brasil se tem imposto à consideração das demais nações estrangeiras, muitas vezes com sacrifício de seus interesses.

Haja vista aos arts.: 17, 31 e 33 do projeto de Epitácio Pessoa. O art. 17 – dispõe que – "*Os Estados são iguais entre si. Nas reuniões, cerimônias, atos e documentos internacionais, serão eles nomeados por ordem alfabética.*"

O dogma da *igualdade dos Estados*, embora não seja um postulado do Direito Internacional Americano, porque é uma conseqüência lógica da *unidade e irredutibilidade da soberania*, nunca foi incorporado às legislações como dogma a respeitar pelos povos civilizados. É certo que no *Congresso Universal da Paz*, reunido em Anvers, em 1894, foi formulado e adotado como um *cânon* jurídico o seguinte princípio: – "Cada Estado soberano, pequeno ou grande, fraco ou forte, deve ser tido como igual a todos os outros, com direito, quanto à sua individualidade e aos seus privilégios de comunhão livre e organizada, à mesma consideração jurídica e natural da maior e mais poderosa das nações"[14].

---

13 Bom é não esquecer a contribuição do elemento cientifico que, no Brasil e nos outros países americanos, muito tem concorrido para a intensificação da cultura do Direito Internacional. Entre nós, são figuras de alto relevo na matéria, além de Pimenta Bueno, Ovídio da Gama Lobo, Cândido de Oliveira, Lafaiete, Sá Viana, Rui Barbosa e Barão do Rio Branco, cujos trabalhos representam a maior elevação das idéias e a manifestação mais acentuada do espírito liberal da nossa terra, os eminentes juristas, contemporâneos e continuadores dessa plêiade de notáveis mestres, Epitácio Pessoa, Rodrigo Otávio, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Afrânio de Melo Franco, Raul Pederneiras e Raul Fernandes, dos quais se pode dizer que deixam sempre traços luminosos para onde lançam a vigorosa mentalidade.
A Argentina, o Chile, o Peru, o Equador, o México, etc. têm também contribuído largamente para a formação do Direito Internacional com doutrinas já radicadas na ciência. Basta lembrar as contribuições de Drago, Léon Suárez, Rivarola, Zeballos, Alexandre Álvarez, Victor Maúrtua, Tobar e tantos outros que honram a civilização americana.

14 *Rev. de Droit. Int. Pub.* – vol.: I, pág.: 459; Epitácio Pessoa – *Cod. de Dir. Int. Pub.*, pg. 17.

Mas, onde o princípio, assim expresso, teve uma consagração definitiva, foi na América, foi no Rio de Janeiro, quando Elihu Root, o ilustre Secretário de Estado da Nação Americana, proferiu na Terceira Conferência Pan-Americana do Rio de Janeiro, aquelas célebres palavras – : "*Consideramos a independência e a igualdade de direitos do menor e do mais fraco membro da família das nações, com o mesmo título a ser respeitado que as do mais vasto império; e consideramos a observância desse direito a principal garantia dos fracos contra a opressão dos fortes*". E acrescentou: – "*Dentro de poucos meses, pela primeira vez, os possuidores reconhecidos de cada palmo de solo do Continente Americano poderão ser representados, e eu espero que o serão, com o direito reconhecido de Estados soberanos iguais, no grande Congresso do Mundo, na Haia.*"[15]

E foi aí que Rui Barbosa, vendo que se tentava formular uma escala de Estados, fortes e fracos, uma distinção jurídica de valores entre Estados, segundo sua grandeza e sua força, invocou aquelas palavras de Elihu Root e exclamou que elas "*haviam ressoado por todo o nosso Continente como o Evangelho americano da paz e do direito*"[16] e a distinção não se fez, porque o gênio da nossa raça brilhou aí com uma intensidade tamanha, que ofuscou os *sete sábios* – CHOAT, BOURGEOIS, MARSHALL, NELLIDOW, KAPOS-MÈRE, TORNIELLI E EDWARD FRY, representantes das mais poderosas nações ali reunidas, os Estados Unidos, a França, a Alemanha, a Rússia, a Áustria-Hungria, a Itália e a Inglaterra[17].

E o princípio de *igualdade, unidade e irredutibilidade da soberania* dos Estados está firmado como um dogma de Direito Americano, si já não é um dogma de Direito universalmente admitido.

---

15 Sessão solene de 31 de julho de 1906 – *Atas, Resoluções e Documentos* da Terceira Conferência Internacional Pan-Americana – pág. 93.

16 2ª CONFERENCE DE LA PAIX – *Actes et Discours de M. Rui Barbosa* – 5e. Séance – (27 août, 1907) – pág. 211.

17 Veja-se Clodomir Cardoso: – *Rui Barbosa* – pág. 289 – Neste trabalho do nosso ilustre comprovinciano vêm transcritas, a propósito, palavra de Stead, publicista inglês: "Ninguém discutiu o direito do Dr. Rui Barbosa à inclusão entre os sete ... Na comissão dos sete ou oito, o Dr. Rui Barbosa estava só. Contra ele se erguiam todas as forças do mundo, à exceção do Japão, que ficara a distância. Os outros sete delegados representavam mais de oitocentos milhões, e sempre excetuando o Japão, todos os exércitos e armadas do mundo, mas, nunca trepidou, nem esmoreceu."

Os arts. 31 e 33 do projeto Epitácio Pessoa contêm também um princípio da mais alta justiça internacional.

O art. 31 dispõe que "o THALWEG *é o limite nos rios que servem de fronteira*" – e o art. 33 acrescenta que "*quando o lago é situado na fronteira, a autoridade dos Estados confinantes vai até ao meio dele, na extensão da testada de cada um*".

Estes princípios, nobremente incorporados ao Código por sugestão de ato oficial do Brasil, revelam uma das mais justas manifestações do alto espírito de concórdia entre as nações da América por parte do Barão do Rio Branco no celebre Tratado de 30 de outubro de 1909 entre o nosso país e a República do Uruguai.

É sabido que, por atos internacionais, legitimamente celebrados[18], ao Brasil ficou pertencendo exclusivamente o uso e gozo das águas da *Lagoa Mirim* e do *rio Jaguarão*, linha divisória entre os dois países; mas, aquele espírito de concórdia e, por que não dizê-lo, aquele fundo de justiça que têm caracterizado todos os atos reguladores das relações internacionais do Brasil, determinavam que fosse retificada a linha aludida, dando-se à República vizinha e amiga o condomínio dessas águas, nos termos do art. 5.º do mencionado Tratado de 30 de outubro de 1909, ratificado em 27 de abril de 1910[19].

Este ato representa, na ordem jurídica, a mais bela lição de como as nações americanas se inspiram em motivos superiores na satisfação das necessidades recíprocas e, no caso, tanto mais há a admirar, quanto é certo que o ato partiu espontaneamente do Brasil, sem solicitação, nem mesmo simples sugestão do Uruguai.

No que respeita ao Direito Público Interno notável foi também o progresso revelado na legislação de todos os povos americanos, inclusive o império do Brasil e o México, que teve um período fugaz (1862-1867) de governo monárquico.

---

18 Tais foram os de 30 de janeiro e 3 de novembro de 1819, - 31 de julho de 1821, - 12 de outubro de 1851, - 15 e 19 de maio de 1852, - 22 de abril de 1853, - 4 de setembro e 31 de outubro de 1857, - 18 de janeiro de 1867. Veja-se J. M. Cardoso de Oliveira – *Atos Diplomáticos do Brasil* – vol. I, pág. 163 e referidas.

19 Cit. J. M. Cardoso de Oliveira – *Atos Diplomáticos*. Vol. II, pág. 374.

Desde os Estados Unidos, nação de organização política modelar, até o Chile, povo singularmente devotado às criações liberais, todos esses povos orientaram-se pelos princípios mais elevados de fraternidade humana e deixaram que suas leis fundamentais se impregnassem da seiva prodigiosa e fecunda das idéias cristãs, de forma a constituírem-se fontes autorizadas de proveitosas lições para os mais adiantados povos do mundo.

Neste particular, mais do que na organização do Direito Privado, o espírito liberal americano se fez sentir com uma decidida influência sobre os elementos da legislação que nos veio da Europa anterior à Revolução francesa.

Para ver como os fins locais inspiraram os legisladores ibero-americanos na construção de sua legislação, basta para aqui transcrever a bela página das *Lições de Legislação Comparada*[20] de Cândido de Oliveira, quando trata da organização política e jurídica das repúblicas hispano-americanas:

"Nos tempos antigos, o sangue fora o elemento germinador da nacionalidade. Pouco importava o lugar do nascimento; a filiação era tudo. Lógica, tal doutrina, desde que a base do Estado era a família. O princípio dominou toda a Europa ocidental, com exceção da Inglaterra. Aí, se de um lado, o filho dos súditos de S. Majestade Britânica é governado pela lei inglesa, qualquer que seja o torrão de seu nascimento, de outro, todo o indivíduo que surge à luz do dia no território britânico é, em regra, inglês, a não prevalecer-se do favor do artigo do ato de 12 de maio de 1870.

"No continente, não; a nacionalidade de origem é a regra. A pátria do pai determina a pátria do filho: o *Jus Soli* cede ao *Jus Sanguinis.*

"O sistema das repúblicas da américa amoldou-se, em parte, ao direito inglês. A vitória do princípio da territoriedade se assinala no Novo Mundo, ao lado da nacionalidade por origem para os americanos, dando lugar aos numerosos conflitos internacionais, a que o próprio Brasil não escapou com a afirmação da regra do art. 69, ns. 2 e 4, da Constituição de 24 de fevereiro.

"Essa dupla fonte de nacionalidade justifica-se com as necessidades políticas dos Estados novos. A imigração estrangeira é um dos grandes,

---

20 Lição 43 – págs. 553 e seguintes.

se não o principal fator do povoamento do solo. As repúblicas latinas tiveram necessidade de adotar um princípio que lhes garantisse o povoamento, sem os perigos de uma tutela da Europa.

"Ora, segundo o *Jus Sanguinis*, os imigrantes vindos do mundo antigo são reclamados pelo país de origem, de geração em geração, com uma tenacidade constante e inalterável. Se as nações novas admitissem imprudentemente tal exagero, elas poderiam achar-se expostas a graves conseqüências.

"Daqui a necessidade, que teve a lei constitucional, de, acastelando-se fortemente na tradição territorial para como os filhos dos imigrantes, manter em relação aos filhos dos nacionais nascidos no estrangeiro, *o Jus Sanguinis.*

"Tais: a República Argentina (Lei de 1º de outubro de 1869); a Bolívia (Constituição de 15 de fevereiro de 1878); o Chile (Constituição de 1833, reformada a 1º de dezembro de 1874); a Colômbia (Constituição de 4 de agosto de 1886); a Costa Rica (Lei de 20 de dezembro de 1886); o Equador (Constituição de março de 1861); o Haiti (Constituição de 9 de outubro de 1879); o México (Lei de 28 de maio de 1886); a Nicarágua (Constituição de 1º de novembro de 1838); o Peru (Constituição de 29 de agosto de 1867); S. Salvador (Constituição de 4 de dezembro de 1885); o Uruguai (Constituição de 10 de dezembro de 1830); a Venezuela (Constituição de 23 de maio de 1874).

"Em todos esses textos é absoluta a regra da nacionalidade determinada pelo lugar do nascimento.

"Em quase todos eles a lei de origem serve também aos descendentes de americanos para aquisição da pátria americana, embora o princípio seja muitas vezes enunciado com timidez e limitações importantes.

"É óbvio que, desta concepção da nacionalidade, defluem relações jurídicas de elevado alcance, no tocante ao direito de família, às regras sobre os contratos, à forma dos atos e seus efeitos.

"Por outro lado, o pouco valor da propriedade territorial, graças à facilidade de sua aquisição, afeta outras relações jurídicas, dando lugar a normas diversas das estranhadas nos códigos europeus, não ao todo expungidos das tradições feudais."

No que respeita ao Direito Internacional Privado, estabelecia a regra do *Jus Soli* quanto à aquisição da nacionalidade, as nações ibero-americanas já não guardaram uniformidade em relação ao direito que deve regular a capacidade civil, as relações de família, o regime dos bens no casamento, as sucessões hereditárias, adotando umas o critério do *domicílio*, outras o critério da *origem* ou nacionalidade.

Para a República Argentina, por exemplo, ex-vi do art. 6º do seu Código Civil, "*a capacidade ou incapacidade das pessoas domiciliadas no território da República, sejam nacionais ou estrangeiras, será julgada pelas leis deste Código, ainda quando se trate de atos executados ou de bens existentes em país estrangeiro*" e acrescenta, muito logicamente, que "*a capacidade ou incapacidade das pessoas domiciliadas fora do território da República será julgada pelas leis de seu respectivo domicílio, ainda quando se trate de atos executados ou de bens existentes na República.*"

É a consagração do princípio adotado por Teixeira de Freitas, no Esboço do Projeto para o Código Civil do Brasil, princípio bebido na lição de *Savigny*[21], seguido, por *Endemann*[22], *Windscheid*[23], *Carlos de Carvalho*[24], *João Monteiro*[25], e pelas legislações dos Estados Unidos da América do Norte, do Canadá e do Paraguai.

Para outros países da América, o princípio adotado é o da lei de *origem* ou *nacional* do indivíduo.

O Brasil, desde a sua independência, adotou este princípio, aliás fixado na legislação portuguesa que vigorou até a promulgação recente do nosso Código Civil.

Mas, não foi por amor à tradição que tal princípio foi mantido entre nós, e sim para contrabalançar o princípio de *Jus Soli*, adotado para estabelecer a nacionalidade dos filhos de estrangeiros.

---

21 *Traité du Droit Romain* - Trad. de Guenoux – Tom. VIII, §§ 344 a 363 (origo-domicilium).

22 Lehrbuch – vol. 1º, § 17. (*Einf. In d. S. des B. G. B.*)

23 Pandette – vol. 1º, § 34.

24 *Nova Consolidação das Leis Civis* – Introd. págs. XLV e seguintes.

25 *Unidade do Direito* – págs. 159 e seguintes.

Todas as convenções consulares celebradas entre o Brasil e várias nações estrangeiras, como com a Grã-Bretanha[26], com o Paraguai[27], com Portugal[28], com a Itália[29], com a França[30], com a Espanha[31], com a Suíça[32], com os Países-Baixos[33], com a Alemanha[34], com a Bélgica[35], sobre "*sucessão de estrangeiras*", estabeleceram o princípio de que a lei nacional do *de cujos* será aplicada à sucessão, no que respeitar à *ordem hereditária e à partilha.*

Esta doutrina da lei nacional foi esposada com tanto entusiasmo e vigor entre os nossos internacionalistas do Império, que chegou a ponto do mais notável deles – o Dr. José Antônio Pimenta Bueno, depois Marquês de São Vicente – criticando a Lei de 10 de setembro de 1860[208], por parecer-lhe ainda acanhada nas suas concessões, dizer textualmente o seguinte:

"Em vez daquela resolução (a de 1860)[36], dever-se-ia ter adotado uma lei justa e franca; nada de idéias mesquinhas ou egoístas; não é por aí que as nações conquistam nobremente sua população, riqueza e poder. Pátria é a realidade dos vínculos morais, das afeições que geram o patriotis-

---

26 Dec. n. 5.533, de 24 de janeiro de 1874.
27 Dec. n. 658, de 6 de junho de 1874.
28 Dec. n. 6.236, de 21 de julho de 1874.
29 Dec. n. 6.582, de 30 de maio de 1877.
30 Dec. n. 7.110, de 3 de dezembro de 1878.
31 Dec. n. 7.054, de 26 de outubro de 1878.
32 Dec. n. 7.303, de 31 de maio de 1879.
33 Dec. n. 7.459, de 30 de agosto de 1879.
34 Dec. n. 8.616, de 15 de julho de 1882.
35 Dec. n. 9.023, de 29 de setembro de 1883.
36 A lei n. 1.096, de 10 de setembro de 1860, assim dispunha:
Art. 1º - O direito que regula, no Brasil, o estado civil dos estrangeiros aí residentes, sem ser por serviço de sua nação, poderá também ser aplicado ao estado civil dos filhos desses mesmos estrangeiros nascidos no Império, durante a menoridade somente e sem prejuízo da nacionalidade reconhecida pelo art. 6º da Constituição. Logo que estes filhos chegarem à maioridade entrarão no exercício dos direitos de cidadão brasileiros sujeitos às respectivas obrigações na forma da Constituição e das leis.
Art. 2º - A estrangeira que casar com brasileiro seguirá a condição do marido, e semelhantemente a brasileira que casar com estrangeiro seguirá a condição deste. Se a brasileira enviuvar recobrará sua condição brasileira, uma vez que declare que quer ficar domiciliada no Império.

mo e produzem os gloriosos sacrifícios e não a terra ou vínculos materiais e coactos. É preciso o que é a pátria, para querer ter compatriotas que a desdenham ou depreciam.

"Hoje, que não pode dominar senão o princípio inteligente da soberania, da liberdade da associação política, dos direitos do homem, este não pode mais ser fruto da terra em que nasceu; esta é o necessário, ele e entidade principal. É sem dúvida generoso e político dar aos filhos dos estrangeiros nascidos na terra dos brasileiros os direitos de cidadão nato, quando, chegados à maioridade, declarem que amam a sociedade a que essa terra pertence, mas, evidentemente, não é generoso impor isso contra sua vontade.

"Como já notamos, este assunto não constitui questão só de Código Civil ou político, não basta mostrá-lo às nações estrangeiras para que elas se resignem; é questão de Direito Internacional; no caso de uma luta não iremos combater armados com os volumes das leis civis. Um tal princípio só pode prevalecer por força de retorsão."[37]

Estas e outras questões de Direito que se debatem na América Latina, se por um lado trazem à discussão velhos institutos, quase uniformemente modelados na Europa, por outro lado, provocam, aqui, soluções novas, umas inspiradas nas conveniências regionais, outras em princípio liberais, muitas vezes com manifesto sacrifício dessas conveniências.

Haja vista ao que ocorreu no Congresso Internacional de Montevidéu, de 1888, e na Quinta Comissão da Conferência para a confecção do Código de Direito Internacional Privado, reunida na mesma Cidade, em fevereiro e março de 1913, em que os representantes do Brasil, Conselheiros *Drs. Domingos de Andrade Figueira e Cândido de Oliveira* viram-se forçados a divergir dos demais membros de tão conspícuas assembléias, sendo que o último, afirmou mais uma vez o ponto de vista que tem sido mantido na legislação e na jurisprudência pátria.

---

37 *Direito Internacional Privado* – Cap. 2º, Secç. 2, § 1º e Secç. 3º, § 1º.

No voto divergente oferecido pelo preclaro Mestre àquela Comissão, em 3 de março de 1913, disse ele textualmente:

"Vamos fazer obra nova e consultar, na conferência dela, não tanto os interesses particulares de cada país, como sobretudo servir a esse grande ideal da cosmopolização do direito, que deve ser a suprema aspiração de todos os povos.

"A preferência da lei do domicílio para regular todas as relações, quer nacionais, quer estrangeiras, é um regresso na marcha evolutiva da nossa ciência, é, por assim dizer, a abolição de princípios, que constituem o Direito Civil Internacional.

"Os próprios interesses econômicos das nações novas aconselham, quanto à solução das questões de estado e capacidade civil do estrangeiro e das sucessões, a adaptação da lei da nacionalidade.

"Não é um ato de defesa manter-se, sem contrastes, a preferência da lei do domicílio."[38]

Estas questões têm atingido tamanha importância entre nós e repercutido tão acentuadamente nos centros sábios da Europa, que a Alemanha, por iniciativa da Universidade de Berlim, já criou o *Instituto Ibero Americano*, para estudar e desenvolver conhecimentos de assuntos pertinentes à matéria, o que importa dizer que não está para muito tarde irmos procurar nas preciosas lições desse Instituto a explicação de muitas instituições sociais, jurídicas e políticas das nações vizinhas.

Relativamente ao Direito Interno, principalmente ao Direito Privado, o movimento jurídico da América Latina foi surpreendente.

Promulgados os Códigos franceses e proclamada a independência política das nações americanas, cuidaram elas de fazer os seus Códigos Civis e Comerciais e conseguiram vencer dentro de pouco tempo.

A iniciativa da codificação do Direito Privado da América Latina coube à República do Haiti com a promulgação dos seus Códigos Civil em 1825 e Comercial em 1826.

Seguiram-lhe o exemplo as seguintes:

---

38 *Epanáforas Jurídicas* – págs. 393 e seguintes.

Nações	Código Civil	Código Comercial
		1882
Costa Rica	1841	1835
Bolívia	1843	1852
Peru	1852	1867
Chile	1855	1862
Equador	1861	1862 (b)
Venezuela	1862[39] (a)	1865
Uruguai	1868 (c)	1859 (e)
Argentina	1869 (d)	1870
Paraguai	1870 (f)	1884 (h)
México	1871 (g)	1877
Nicarágua	1871	1853
Colômbia	1873	1877
Guatemala	1877	1880
Honduras	1880	1882
São Salvador	1880	1850
Brasil	1916	

Como se vê, apenas as Repúblicas de Cuba, Dominicana e do Paraguai não têm legislação privada própria e codificada, sendo que aquelas, embora independentes da Espanha, a primeira desde 1902 e a

39 (a) Reformado em 1863, 1867 e 1873.
(b) Reformado em 1873.
(c) Melhorado em 1893.
(d) Melhorado em 1882.
(e) Melhorado em 1889.
(f) Adotou os Códigos argentinos.
(g) Começou com o Código de 1884, generalizado a todo país, com exceção dos Estados do México e Vera Cruz, em 1871.
(h) Generalizado a todo o país em 1889.

segunda desde 1804, conservam-se ainda fiéis à tradição do direito espanhol.

Todos os monumentos jurídicos, acima apontados, revelam, por parte dos legisladores que os organizaram, duplo intuito: manter, quanto possível, o Direito que vinha sendo observado pelos colonizadores das livres terras americanas e conformá-lo às necessidades regionais.

Da realização deste duplo intuito teria, efetivamente, surgido um direito novo, capaz de receber uma denominação característica, reveladora de sua independência de fontes extralocais?

Se atendermos a que o Direito é o produto da cultura humana, acumulado pela História, e que os povos peninsulares, que se transportaram para a América, trouxeram tudo quanto o continente possuía de intelectual na época das codificações realizadas, certamente não poderemos encontrar no Direito dos povos americanos traços característicos de uma civilização jurídica própria, exclusivamente americana.

Mas, se atendermos a que o Direito está também sujeito a condições mesológicas, por ser um fenômeno *finalístico*, pois, já é verdade indiscutível a firmada por Von Jhering, de que a idéia de um *fim* ou *alvo* a atingir é a criadora de todos os institutos jurídicos, não podemos destacar dos institutos regulamentados nos códigos aludidos e em outras manifestações de construção jurídica os característicos reveladores do *fim* ou *alvo* local visado pelos codificadores e cultores do Direito.

Eis, porque, nos monumentos indicados poderemos descobrir uma fusão de caracteres, uma conjunção de elementos geradores do todo, elementos estes que tiveram sua origem, uns, na velha legislação peninsular, outros, no próprio meio em que tais monumentos foram organizados, dando lugar essa fusão ao aparecimento de um precipitado, dar a denominação de *Direito Ibero-Americano*.

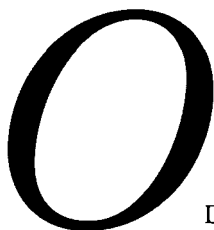
Daqui o poder concluir-se que entre os ibero-americanos agitam-se questões que embora remontando a velhos institutos do Direito peninsular, recebem, todavia, soluções diferentes das que receberam nos países de origem. É por isso que, percorrendo todos os monumentos legislativos da América Latina, desde o Código Civil Chile, que foi o iniciador da reação contra a predominância exclusiva do Direito peninsular, até o Código Civil Brasileiro, que levou tal reação ao máximo rigor, percebe-se,

distinta e acentuadamente, a evolução de um direito regional, que se vem organizando em cada uma das nações do nosso continente, embora a sua formação se opere sob a influência da gloriosa tradição, sempre vitoriosa do Direito Romano, aqui deixada pelos grandes pioneiros das majestosas e incomensuráveis terras descobertas pela tenacidade do valente genovês, a quem Deus colocou sob a proteção benfazeja da excelsa rainha de Castela, a ilustre peninsular que se chamou Isabel, a Católica.

. . . .

Título V

O DIREITO BRASILEIRO. O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O SEU ART. 1.807

SUMÁRIO – A LEGISLAÇÃO DOMINANTE AO TEMPO DA INDEPENDÊNCIA. A LEI DE 20 DE OUTUBRO DE 1823 E A CARTA CONSTITUCIONAL DE 25 DE MARÇO DE 1824. O *CÓDIGO CRIMINAL* E AS MODIFICAÇÕES OPERADAS NOS ANOS 60 DE SUA VIGÊNCIA. O CÓDIGO DO PROCESSO CRIMINAL. O JÚRI, O *HABEAS CORPUS* E O PROCESSO ACUSATÓRIO. A LEGISLAÇÃO COMERCIAL E OS TRABALHOS DO VISCONDE DE CAIRU. O *CÓDIGO COMERCIAL* E O *REGULAMENTO* Nº 737, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1850. TENTATIVAS PARA A CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL. TEIXEIRA DE FREITAS, A *CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS* E OS SEUS TRABALHOS – O OFÍCIO DE 20 DE SETEMBRO DE 1867. AS TENTATIVAS DE NABUCO DE ARAÚJO, FELÍCIO DO SANTOS, DA COMISSÃO PRESIDIDA PELO CONS.º CÂNDIDO DE OLIVEIRA. A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E O DIREITO ENTÃO VIGENTE. NOVA TENTATIVA DE CODIFICAÇÃO CIVIL PELO CONS.º COELHO RODRIGUES. AS REFORMAS OPERADAS. A INFLUÊNCIA DAS FACULDADES DE DIREITO BRASILEIRO. CLÓVIS BEVILAQUA E A DEFINITIVA ORGANIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO E CRÍTICA DE RUI BARBOSA E OUTROS; A PROMULGAÇÃO PELA LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. O VALOR DO CÓDIGO CIVIL NA OPINIÃO DE SILVIO ROMERO E DO PRÓPRIO CLÓVIS BEVILAQUA. AS LACUNAS DO CÓDIGO E O SEU ART.º 1.807 EM CONFRONTO COM OS ARTS. 4º, 5º E 7º DA INTRODUÇÃO. O DIREITO ROMANO COMO *LEI FEDERAL* E *SUBSIDIÁRIA*: A OPINIÃO DE JOÃO MENDES. CONCLUSÃO.

O DIREITO BRASILEIRO – Chegamos ao fim da jornada e o longo e difícil caminho percorrido, desde as *leges regiæ* até a formação

do *Direito Ibero-Americano*, nos veio naturalmente indicando o ponto em que deveríamos estacionar – *a legislação pátria* – e nela descobrir e fixar os traços característicos da fisionomia do seu grande ancestral o *Direito Romano* –, cujo estudo, sob o ponto de vista da *história interna*, será objeto dos volumes que a este se vão seguir no desenvolvimento do nosso curso.

Como deixamos assinalados no Título II, deste Livro Terceiro, a legislação que dominava em Portugal no terceiro período da classificação de Melo Freire[1], compreendendo o tempo entre 1778 a 1822, foi a que o Brasil teve de adotar, como própria, quando foi proclamada a sua independência política em 7 de setembro de 1822.

Com a independência, abertos novos horizontes às vistas patriotas, imaginaram estes iniciar, desde logo, uma grande série de reformas, que completassem a definitiva separação do novo Estado da antiga metrópole, cujo Direito, já imprestável para ela mesma, não correspondia às necessidades da época e do meio.

Mas, se é fácil, até certo ponto, transformar princípios e regras de governo, formular normas e leis de administração, em uma palavra – legislar sobre Direito Público, já o mesmo não ocorre em relação aos princípios, regras, normas e leis concernentes às matérias de Direito Privado, porque estas são da própria essência da sociedade civil, que pode viver uniformemente, sem perturbações graves, sob regimes políticos sucessivamente diversos.

Por isto, e como acontecera a Portugal, quando D. João IV subiu ao trono por efeito da revolução triunfante de 1º de dezembro de 1640, a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império decretou, e D. Pedro I mandou executar, a Lei de 20 de outubro de 1823, por força da qual, e à semelhança da Lei portuguesa de 29 de janeiro de 1643. Continuaram em vigor, entre nós, as *Ordenações Filipinas, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás* e *Resoluções dos Reis de Portugal, pelos quais o Brasil se governava até o dia 25 de abril de 1821*[2] e todos os atos legislativos promulgados desta data em diante

1 *Hist. Juris Lusitani – Caput.* X e XI.
2 Data do regresso de D. João VI para Lisboa.

por D. Pedro I, quer como *Regente*, quer como *Imperador*, "*enquanto se não organizar um Código ou não forem especialmente alterados*"[3].

Pode dizer-se, portanto, que foi a Lei de 20 de outubro de 1823 que iniciou a formação do Direito Privado Brasileiro, porque foi o primeiro ato legislativo sobre tal matéria, oriundo do voto expresso dos representantes da nação independente.

Partindo deste ponto e percorrendo a história da formação do Direito Pátrio até a definitiva organização do Código Civil, pode esta história, para maior facilidade no estudo de sua evolução, ser dividida em duas grandes épocas, uma que vem de 20 de outubro de 1823 até 25 de novembro de 1850, – e outra, a partir desta data até 1º de janeiro de 1916.

Na primeira época apareceram a Carta Constitucional de 25 de março de 1824, o Código Criminal, o Código do Processo Criminal, o Código Comercial, o Reg. nº 737, de 1850, verdadeiro Código do Processo Comercial, e copiosa legislação, modificando e aperfeiçoando estes monumentos de cultura jurídica; na segunda época apareceram novas leis em matéria de Direito Criminal e Penal, Comercial e Processual, as Consolidações das Leis Civis de Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho, das Leis do Processo Civil de Ribas, o Código Penal da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, o Dec. nº 848 de 11 de outubro de 1890, o Dec. nº 1.030, de 14 de novembro de 1891, numerosas outras leis substantivas e adjetivas e, desde 22 de dezembro de 1858 até 1º de janeiro de 1916, os ingentes trabalhos para a confecção do Código Civil.

Assim esboçando o quadro das figuras mais salientes na formação e evolução do nosso Direito, procuremos passar em revista estas figuras e assinalar os seus traços fisionômicos fundamentais.

---

3 O art. 2º da Lei de 20 de outubro de 1823 mandava vigorar também todos os decretos publicados pelas Cortes de Portugal, desde 12 de março de 1821 até 14 de outubro de 1822, constantes de uma tabela anexa, assinada pela Mesa da Assembléia, que era composta dos seguintes patriotas: – MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADA – Presidente, – JOÃO SEVERIANO MACIEL DA COSTA – *1º Secretário* –, e MIGUEL CALMON DO PIN E ALMEIDA, — *2º Secretário.*
Sobre o estado do Direito Civil Pátrio ao tempo da independência e posteriormente, veja-se Lafaiete – *Direitos de Família* – introd. – nºs VII e VIII, págs. XVI a XXVII.

PRIMEIRA ÉPOCA – Adotada como forma de governo e *monarquia constitucional representativa e hereditária*, mas dissolvida pelo Imperador a Assembléia Constituinte, o monarca outorgou uma *Constituição Política*, consagrando princípios liberais e estabelecendo leis dignas de uma nação livre, como as que foram formuladas para os *Juízes e Tribunais de Justiça* (arts.: 151 a 164) e relativas às "*garantias dos direitos civis e políticos dos Cidadãos Brasileiros*" (art. 179), em cujos 35 dogmas o legislador da República foi buscar a maior parte dos 31 §§ do art. 72 da Constituição de 24 de fevereiro[4].

Um desses dogmas, o contido no § XVIII, diz textualmente assim: "*Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e eqüidade.*"[5]

Esta promessa do legislador constitucional começou a ser cumprida com a codificação do Direito Criminal e nisto andou muito bem o legislador ordinário. Não era absolutamente possível que um povo americano, cercado de nações livres e, ele mesmo, tendo, talvez, a mais liberal das organizações políticas do regime monárquico daquele tempo, pudesse continuar sob o império da legislação criminal contida nas *Ordenações Filipinas*, promulgadas para regular a vida de um povo, sob o guante de um rei estrangeiro, no começo do século XVII (1603).

Em 16 de dezembro de 1830, devido principalmente aos esforços dos eminentes parlamentares e notáveis estadistas *Bernardo de Vasconcelos*

---

4 Um simples confronto das disposições deste art. e §§ com os XXXV da Constituição do Império, de 25 de março de 1824, mostrará a exatidão do nosso asserto. O § 1º do art. 72 da Constituição de 24 de fevereiro é o mesmo § 1º do art. 179 da Constituição de 25 de março, – o § 2º é o XII da outra, – o 3º e o XVI, – o 4º é o V, – o 11º é o VII, – o 12º é o IV, – o 14º é o VIII, – e assim por diante. O que não foi consignado na Constituição de 24 de fevereiro já estava no Código Penal e no Dec. nº. 848, de 11 de outubro de 1890. Foi a Constituição de 25 de março que *aboliu todas as penas cruéis* (art. 179, § XIX), *instituiu os socorros públicos* (§ XXXI) *e estabeleceu a gratuidade de instrução primária a todos os cidadãos* (§ XXXII) etc.

5 Conservamos a grafia perfeitamente igual à do texto original.
Sobre os acontecimentos que determinaram – *a independência, a dissolução da Assembléia Constituinte e a outorga da carta constitucional de 1824* – veja-se o excelente artigo do Professor E. V. Catta-Preta – *no Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos* – págs. 5 a 16.

e Clemente Pereira[6], foi promulgado o Código Criminal, cujo projeto fora apresentado à Câmara dos Deputados em 4 de maio de 1827 –, aí, discutido e definitivamente votado em 22 de outubro de 1830, sendo enviado ao Senado e, aprovado, imediatamente submetido à sanção imperial (16 de dezembro) e publicado para entrar em execução em 8 de janeiro de 1831.

O Código Criminal foi, na realidade, um índice de progresso legislativo em penalogia para aqueles tempos em que teve lugar a sua promulgação e tão acentuada foi a sua importância como produto de cultura jurídica que Victor Foucher, Faustin Hélie e Carrara, segundo afirma Cândido de Oliveira[7] "*o colocaram a par dos melhores da Europa culta*".

Os seus 313 artigos foram, no decurso de 60 anos, objeto de estudos sérios dos nossos mais notáveis criminalistas, entre os quais, como figura de imenso relevo, se destaca o inesquecível professor da Faculdade de Direito do Recife – Tobias Barreto de Meneses, – o fecundíssimo renovador dos estudos de Direito no Brasil, cujos trabalhos em matéria criminal ocupam largo espaço na edição de suas – *Obras Completas* –, organizadas e publicadas em virtude de lei do Estado de Sergipe[8].

No decurso desses 60 anos, várias foram as modificações introduzidas no Código Criminal[9], de forma que, quando foi proclamada a Repú-

---

6 Veja-se Professor Galdino Siqueira – "O Direito Penal e sua codificação" – no citado *Livro do Centenário* – págs. 99 e seguintes.

7 Cit. *Liç. de Leg. Comp.* – pág. 196.

8 Foi sobre o texto do Código Criminal e tendo por mestre o insigne criminalista, que iniciamos os nossos estudos de Direito Criminalista e as XXXIV teses que vêm no VI volume de suas obras, págs. 3 usque 120, foram escritas exatamente para os alunos do nosso 3º ano jurídico. Leiam-se essas teses e verifique-se se é possível dizer melhor e em menor número de palavras tudo quanto aí se diz e ensina.

9 Foram estas as principais modificações completando ou alterando os textos: – Lei de 3 de outubro de 1833 (*moeda falsa*), – de 10 de junho de 1835 (*homicídio do senhor pelo escravo*), – 11 de outubro de 1837 (*penas contra colonos e aliciadores por violação do contrato de locação*), – de 4 de novembro de 1850 (*tráfico de escravos*), – 18 de setembro de 1851 (*danos a terras alheias*), – mesma data (*crimes militares*), – 29 de setembro de 1851 (*exercício da medicina e polícia sanitária*), – 20 de setembro de 1871 (*crime culposo, estelionato*), – 4 de agosto de 1875 (*crimes cometidos do estrangeiro contra o Brasil e brasileiros*), – 15 de outubro de 1886 (*crimes de incêndio, pena de açoites, etc.*), – 14 de

blica, estava ele desfigurado e com um grande séqüito de *leis avulsas extravagantes,* que impunham uma nova sístole, como, aliás, já havia deliberado fazer o governo imperial. Como era natural e por injunções lógicas irremovíveis, ao Direito Criminal *substantivo* codificado devia seguir-se a codificação do Direito Criminal *adjetivo,* e isto aconteceu com a promulgação do *Código do Processo Criminal* pela lei de 29 de novembro de 1832.

A organização judiciária e o processo inquisitório das *Ordenações Filipinas* e leis posteriores foram, no novo Código, substituídos por princípios e regras que obedeciam a uma rigorosa sistematização, dividindo-se em duas partes, – uma, que vinha do art. 1° ao art. 53 – dispondo sobre a *organização judiciária*; – outra, que vinha do art. 54 ao art. 355, sobre *formas do processo.*

Na primeira parte, abolidas as vetustas criações do velho Direito Judiciário de Portugal, incompatíveis com as novas leis criminais, cuja execução tinha de presidir, o Código do Processo instituiu o *juizado de paz* para o distrito, – o *conselho de jurados,* o *juízo municipal* e a *promotoria pública* para o termo, o *juízo de direito* para a *comarca.*

Os juízes de paz eram escolhidos por *eleição,* os jurados por *sorteio,* os promotores públicos pelos presidentes das Províncias e os juízes municipais e de direito por *nomeação imperial.*

Além de outras criações de grande importância e acentuada utilidade para a nação, o Código do Processo Criminal, inspirando-se nos ditames da corrente liberal que dominava os legisladores da época, regulou o funcionamento do *Júri* – arts. 235 a 291[10], expressão viva da lei romana, que outorgava aos cidadãos, por escolha do Pretor, o direito de decidir dos pleitos de seus pares, em matéria de fato[11] –, e deu existência legal autô-

outubro de 1887 (*infrações de marcas de fábrica e comércio*), – e a maior e mais digna de todo o corpo da legislação pátria a – Lei de 13 de maio de 1888 –, (que extinguiu a escravidão) – Veja-se G. Siqueira – loc. cit. – pág. 107.

10 Modificados em vários dispositivos pela Lei de 3 de dezembro de 1841 e Reg. n° 120 de 31 de janeiro de 1842.

11 É o sistema da fórmula – *in jure e in judicium* – criado pela Lex Aebutia e desenvolvido pela *Lex Julia Judiciária,* a primeira de 520 e a segunda de 708 (ano de Roma).

noma ao *Habeas Corpus* – arts. 340 a 355[12], outra instituição romana, que socorria o cidadão, injustamente privado de sua liberdade, contra qualquer violência da autoridade pública, ou mesmo de qualquer cidadão sem função pública.

A substituição do velho *processo inquisitório*, que consistia em dar ao juiz o poder de prescindir da prova e aplicar a pena como conseqüência de confissão do réu, obtida, em regra, pelos tormentos a que o submetia –, pelo *processo acusatório*, em que a autoridade ou o acusador tem de provar a verdade da acusação, sem o que o réu deve ser absolvido[13], traduziu em lei uma aspiração que os brasileiros, desde os tempos coloniais, vinham fazendo objeto de suas queixas contra os representantes do poder público[14].

Os Códigos Criminal e do Processo Criminal representam, pois, lídimas e generosas conquistas da intuição liberal do nosso povo, cujas leis revelam sempre um espírito da mais elevada justiça, sem prejuízo de nobre tolerância, quando elas são formuladas com a real e legítima colaboração da opinião pública e não por falsos mandatários da nação, como algumas vezes tem acontecido, fazendo leis de efêmera duração.

Esse espírito de justiça, temperado pela tolerância e norteado por profunda intuição liberal, se veio manifestando na organização do Direito Penal Brasileiro mesmo antes da nossa independência política.

Para ver como um ministro brasileiro compreendia os deveres dos executores das leis, basta lembrar a linguagem da carta régia de 20 de

---

12 Ampliado pelo art. 18, § 1º da Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871, *aos que ainda não tivessem chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas dele se vissem ameaçados.* Podiam ser impetrados por *estrangeiros* a seu próprio favor (§ 8º) iniciavam-se em *férias* e se não suspendiam pela superveniência delas (Dec. de 30 de novembro de 1853). Independente de petição, podia o juiz expedir a ordem de *habeas corpus,* ex-ofício, quando no curso de um processo descobria a ilegitimidade da guarda ou detenção de alguém (Cód. do Proc., art. 344)
Antes do Cód. do Proc., o *habeas corpus* era admitido pela jurisprudência dos tribunais sob a fórmula das ações ou *interditos exibitórios* (Correia Teles – *Doutrina das Ações* – §§ 28 e seguintes).

13 É a consagração da máxima dos romanos – *actor non probante, reus absolvitur* – (Paulus – *Dig.* – L. 22, T. 3º, fr. 2 – e Marcianus – loc. cit. – fr. 21).

14 Veja-se – Professor Luís Carpenter – Cit. *Livro do Centenário* – págs. 190 a 227.

janeiro de 1745, dirigida ao Corregedor de Crime da Corte, transcrita, em suas frases iniciais, pelo professor João Mendes Júnior[15], e reproduzidas por Clóvis Beviláqua[16], como escritas por Alexandre de Gusmão, ilustre ministro e secretário particular de D. João V, nascido em Santos, São Paulo.

E mesmo depois de promulgado o Código Criminal, ainda dentro do primeiro ano de sua execução, não tendo ele cogitado do crime de importação de escravos, a Lei de 7 de novembro de 1831 capitulava o fato como *contrabando* previsto no art. 177 do citado Código[17].

Entre o rigor do princípio fundamental do art. 1º[18] e o respeito à liberdade humana, preferiu o legislador apressar-se e mandar aplicar ao caso as penas do art. 179[19], estabelecendo medidas de rigor contra o indigno comércio, que só contribuiu para retardar o desenvolvimento econômico do país.

---

15 *Processo Criminal Brasileiro* – vol. I

16 *Linhas e Perfis Jurídicos* – pág. 202 e 203 – A cit. Carta Régia começa pelas seguintes palavras: – *"Sua Majestade me manda advertir a Vossa Mercê que as leis costumam ser feitas com muito vagar e sossego, e nunca devem ser executadas com aceleração, e que nos casos crimes, sempre ameaçam mais do que na realidade mandam, devendo os ministros executores delas modificá-las em tudo que for possível, porque o legislador é mais empenhado na conservação dos vassalos do que nos castigos de justiça, e não quer que os ministros procurem achar nas leis mais rigor do que elas impõem".*

"Apresenta-se-nos este diploma, – diz Clóvis Bevilaqua, – como um documento interessantíssimo, por mostrar, de modo muito apreciável, a influência da psicologia brasileira na legislação portuguesa, no sentido do liberalismo, da tolerância e da benevolência eqüitativa."

17 O cit. Art. 177 dispunha textualmente assim: – "Importar ou exportar *gêneros ou mercadorias proibidas,* ou não pagar os direitos dos que são permitidos na sua importação ou exportação – Penas –...".

18 Era assim expresso o art. 1º: – "Não haverá crime ou delito, (palavras sinônimas neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique".

19 O art. 179 dizia: - "Reduzir à escravidão a pessoa livre que se achar em posse da sua liberdade – Penas –...".

O art. 2º da Lei de 7 de novembro de 1831 impunha também aos importadores, além das penas deste art. 179, *a do pagamento das despesas da reexportação para qualquer porto de onde tivesse vindo o escravizado.*

É certo que o Código Criminal consagrava a *pena de morte* no art. 192, mas, só para punir o *homicídio* perpetrado com qualquer das circunstâncias agravantes reveladoras de condições especiais do delinqüente[20].

Entretanto, o grande cidadão e magnânimo chefe de Estado, que foi o segundo imperador, reagiu sempre contra a pena desumana e inócua, usando da alta prerrogativa do *perdão* e *comutação da pena*, fórmula constitucional pela qual revelava o seu formoso coração, educado em uma nobre orientação cristã, e seu vigoroso espírito, habituado às injunções das conquistas intelectuais[21].

Encerrada a codificação do Direito Criminal substantivo e adjetivo, o governo imperial teve suas vistas solicitadas para a codificação do Direito Comercial.

Portugal acabava de promulgar, em 1833, o seu Código do Comércio, baseado no espanhol de 1829 e orientado em muitos pontos pelo francês de 1808, e isto serviu de estímulo a que o Brasil também cuidasse da reforma da legislação mercantil, que, mais do que a criminal, constituía um verdadeiro caos. É certo que, mesmo antes de Portugal tentar a sua codificação, já o Visconde de Cairu, o patriarca do Direito Comercial Brasileiro, tendo obtido de D. João VI a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, que abriu os portos do Brasil ao comércio universal, tratou de regular as conseqüências deste ato em

---

20 Eram as do art. 16, §§ 2º *"ter o delinqüente cometido o crime com veneno, incêndio ou inundação"* –, 7º *"haver no ofendido a qualidade de ascendente, mestre ou superior do delinqüente, ou qualquer outra que o constituía a respeito deste em razão de pai"*, – *10* – *"ter o delinqüente cometido o crime com abuso de confiança nele posta"*, – *11* – *"ter o delinqüente cometido o crime por paga ou esperança de alguma recompensa"*, – *12* – *"ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinqüente esperado o ofendido em um ou diversos lugares"*, – *13* – *"ter havido arrombamento para a perpretação do crime"*, – *14* – *"ter havido entrada ou tentativa para entrar em casa do ofendido com intuito de cometer o crime e* – *17* – *"ter precedido ajuste entre dois ou mais indivíduos para o fim de cometer-se o crime"*.

21 É sabido que o venerando monarca desejava solenizar o jubileu do seu reinado (50 anos, de 1840 a 1890) com a promulgação do Código Civil e com a abolição da pena de morte. Isto mesmo ouvimos do seu último ministro da Justiça, o preclaro mestre Conselheiro Cândido de Oliveira, que desde que assumiu a direção da sua pasta começou a trabalhar nesse sentido.

relação à autoridade judiciária que deveria tomar conhecimento dos pleitos que aparecessem sobre assuntos mercantis e de navegação, obtendo também o Alvará de 23 de agosto de 1808, por força do qual foi criado, no Rio de Janeiro, o *Tribunal da Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação*, que, logo após a sua instalação, deliberou confiar ao mesmo Silva Lisboa (Visconde de Cairu) o encargo de organizar um Código de Comércio[22], que, por causas diversas, não chegou a ser inteiramente uma realidade.

O eminente patrício, assoberbado de outros trabalhos patrióticos, como os da História do Brasil, que fora encarregado de escrever pelo governo, depois de proclamada a independência, fez apenas um esboço do provisório regimento do comércio[23], frustrando-se, assim, a primeira tentativa da codificação mercantil.

O Visconde de Sepetiba, Conselheiro Aureliano Coutinho, ocupava a pasta do Ministério da Justiça, no regime da Regência Permanente, quando teve início o trabalho da codificação do Direito Comercial com a nomeação de uma comissão de comerciantes, sob a presidência do Conselheiro José Clemente Pereira, e em um ano, isto é, em agosto de 1834, a comissão entregou o projeto, que foi enviado à Câmara dos Deputados e, no mês seguinte, uma comissão especial, formada de Deputados e Senadores, deu parecer favorável, fazendo, porém, modificações e emendas ao trabalho primitivo.

Durante dezesseis anos manteve-se, dentro e fora do Parlamento, a discussão do projeto, na qual tomaram parte os homens mais notáveis do comércio, da advocacia, da magistratura e do poder legislativo, figurando entre estes, nomes como os do Marquês de Maricá, Paula e Sousa, Marquês de Abrantes e, entre aqueles, os de Silva Bivar, Coelho Lousada e Caetano Alberto Soares, sendo o último considerado o mais ilustre advogado de então, nesta cidade.

O projeto foi sancionado em 2 de maio e promulgada a lei em 25 de junho de 1850, sob a denominação do *Código Comercial do Império do Brasil.*

---

22 *Princípios de Direito Mercantil* – 2º vol. – pág. 932.

23 Idem – *loc: cit.*

Mas, à semelhança do que ocorrera com a promulgação do Código Criminal, o governo entendeu que ao Código Comercial devia seguir-se, sem perda de tempo, a lei processual respectiva e, antes mesmo de terminada a discussão parlamentar do Código, usando do poder legislativo por delegação, mandou organizar essa lei, que veio a ser o célebre *Regulamento* nº 737, *de 25 de novembro de 1850*, que, sem favor, pode dizer-se, é a mais perfeita lei da coleção do Império.

Bebida nos mais notáveis mestres de processualística, especialmente nos livros clássicos de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa – Primeiras Linhas sobre o Processo Civil – e de José Homem Correia Teles – Doutrina das Ações –, a lei processual para as causas comerciais representava papel tão importante que o próprio governo provisório da República, ao invés de revogá-la, como fez com muitas outras, baixou o Decreto nº 763, de 19 de setembro de 2890, mandando aplicá-la às próprias *causas cíveis,* em geral, e revogando, assim, as regras e fórmulas da legislação que vinha sendo observada, a partir de 1603, consagradas principalmente no *Livro Terceiro* das *Ordenações Filipinas.*

"Jóia inestimável, – diz Cândido de Oliveira[24], – pela vernaculidade da expressão e sabedoria dos preceitos, escrito com aquele estilo lapidar, que assinala a Constituição do Império, o Código Criminal, o do Processo e diversas leis orgânicas das antecedentes legislaturas, esse Regulamento, ainda agora [fevereiro de 1903] é quase tão *atual* como no início de sua execução."

Para completar a organização e esperar os seus efeitos nas funções da vida jurídica nacional, faltava somente a parte destinada à justiça comercial nos moldes das novas leis substantivas e, daí, o Dec. nº 738, também de 25 de novembro de 1850, regulamentando os Tribunais do Comércio e estabelecendo um processo especial para o curso das causas de falência.

Realizada, assim, a grande sístole do Direito Comercial Brasileiro, o legislador pátrio poderia dizer, com orgulho, que a legislação codificada, embora haurida em fontes estrangeiras, preenchia uma enorme lacuna, que séculos de vida mercantil vinham indicando, e tomaria lugar

24 Cit. L. de *Leg. Comp.* – pag. 198.

de destaque no Continente, mesmo porque o Código Comercial, na frase de Carvalho de Mendonça[25] – "*foi o primeiro trabalho original deste gênero que apareceu na América*" –[26].

É certo que outros Códigos Comerciais o precederam, como vimos no Título anterior, em execução nas nações ibero-americanas, mas nenhum deles saiu dos paradigmas clássicos de então, os Códigos Comerciais Francês e Espanhol, ao passo que o Brasileiro, além de buscar no Holandês de 1838, regras e princípios de grandes vantagens para países novos, introduziu sábios princípios e regras especialmente ditados pela inteligência do nosso legislador.

Não obstante a frase de Teixeira de Freitas, afirmando que os legisladores do Código Comercial exorbitaram, trazendo materiais do Direito Civil e mercantilizando quase tudo[27], Carvalho de Mendonça acha-o deficientíssimo nas matérias de Direito Mercantil.

"Estão fora dos textos", diz o preclaro comercialista, "instituições importantes, indispensáveis hoje à vida jurídica comercial, muitas já reguladas por leis subseqüentes."

É que os dois eminentes juristas pátrios não perceberam a *sístole* e a *diástole jurídicas*; a primeira, depurando o Direito nacional privado e concentrando os seus postulados fundamentais no primeiro código de tal Direito organizado no país, – a segunda, reclamando a evolução da lei, o seu aperfeiçoamento através da cultura científica, e impondo a criação de institutos novos, modelados em novos princípios.

Além disto, é preciso acentuar quão deplorável era, desde a proclamação da independência até a promulgação do Código Comercial, o estado do Direito Civil entre nós.

---

25 *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* – vol. I, pág. 49, n.º 48.

26 Precedem ao Brasileiro: o do Haiti (1826), cópia do Francês, com alteração apenas na distribuição das matérias e numeração dos artigos; – o da Bolívia (1834), cópia do Espanhol, modificando simplesmente as referências locais; – o do Paraguai (1844), cópia do Espanhol; – e o da Costa Rica, contemporâneo do nosso (1850), que não teve escrúpulo algum em declarar-se – *"Código de Comércio espanhol reformado por comisión del Supremo Gobierno de Costa Rica, para servir al comercio de la República."*

27 *Aditamentos ao Cód. Do Com. Adv.* – pág. XI e XII.

Oriundo de uma legislação inadequada para reger as relações de um povo livre e com aspirações acentuadas para o progresso em todas as manifestações da vida, o Direito Civil de Portugal, que herdamos com a independência, posto revelasse uma resistência admirável e só explicável pela saturação de romantismo que se operava no seu corpo, trazia em si mesmo os males de sua desorganização.

Na passagem dos monumentos de Justiniano para as *Ordenações* de 1446, 1521 e 1603 juntaram-lhe subsídios das *Leis Gerais*, dos *Forais*, do *Direito Canônico, Visigótico e Semítico*, nem sempre em concordância lógica, mas quase sempre, pondo em evidência o contraste entre aqueles monumentos da legislação codificada e desenvolvida no começo do século VI pelo imperador do Oriente. Esta mescla chocante de regras dava ao Direito Civil um aspecto e um valor que, necessariamente, mais cedo ou mais tarde, teriam de impor a sua reforma radical.

A Constituição do Império tinha prometido um Código Civil, mas, era preciso desbravar o terreno no que dizia respeito ao Direito Criminal e ao Direito Comercial, como efetivamente se fez até 1850 e continuou daí em diante.

Isto não quer dizer, porém, que a nação e os seus legisladores ficassem indiferentes aos reclamos da ciência e das próprias necessidades sociais, tanto assim que, muitas daquelas *leis*, incompatíveis com o estado social, existentes dentro e fora das coleções codificadas, tiveram de ser proscritas do sistema, ou modificadas de forma a não perturbarem mais as relações que vinham presidindo.

Entre as leis modificadoras, merecem referência especial, por exemplo, a Resolução de 31 de outubro de 1831, que reduziu a 21 anos de idade o início da *maioridade*; a Lei de 5 de outubro de 1835, que proibiu o estabelecimento de *morgados, capelas*, e quaisquer outros *vínculos*; o Dec. de 2 de setembro de 1847, que declara extensivos aos *filhos naturais dos nobres* os mesmos direitos hereditários que competiam aos *filhos dos plebeus*[28].

28 Esta lei, consagrando a igualdade de direitos entre filhos naturais de nobres e de plebeus, estabeleceu duas regras que durante muito tempo constituíram objeto de larga discussão entre os civilistas pátrios, ambas restringindo meios de prova para o

Mas, não bastavam estas modificações, impunha-se dar execução completa à promessa constitucional, isto é, a organização de um Código Civil.

SEGUNDA ÉPOCA – Recebidos como os melhores frutos de uma época de trabalho e de progresso nacional, o Código do Comércio e os regulamentos nº 737 e 738 de 25 de novembro de 1850 começaram a produzir os efeitos esperados, melhorando a situação jurídica dos comerciantes e impondo a necessidade da reforma da legislação civil.

Como difícil seria enfrentar, desde logo, a organização do *Código*, tanto mais quanto o próprio Direito vigente era um caos, só compreendido pelos eleitos da cultura jurídica, entendera o Governo que, preliminarmente, se deveria apurar a legislação e para isto a maior dificuldade estava exatamente em encontrar o jurista prático capaz de formar o inventário dos valores existentes.

Ocupava a pasta do Ministério da Justiça o Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo, magistrado, senador do Império e notável jurisconsulto, quando, por conhecimento próprio do valor dos melhores juristas do país, foi convidar o eminente advogado Dr. Augusto Teixeira de Freitas[29] para encarregar-se de elaborar a *Consolidação das Leis Civis* e, para isto, celebrou-se o contrato de 15 de fevereiro de 1855. Dentro de três anos estava pronto o trabalho, dividido em uma *introdução*, com CCXIX páginas, e o *texto das disposições*, com 1333 artigos.

Na *introdução*, o ilustre civilista estuda profundamente a classificação das matérias do Direito Civil, concluindo, e dando aplicação, por dividir o seu trabalho em duas grandes categorias, formando uma *Parte Especial*, e antecedendo a esta uma *Parte Geral* destinada aos prolegômenos.

---

reconhecimento dos filhos naturais em espécie. Veja-se – Perdigão Malheiro, *Com. à Lei de 1847*, – Teixeira de Freitas – *Consol. das Leis Civis* – arts. 207 e seguintes e notas, – Coelho Rodrigues – *A República na América do Sul* – 2ª ed. – págs. 65 e seguintes.

29 Nasceu na cidade de Cachoeira, Província da Bahia, do então Império do Brasil, no dia 19 de agosto de 1816, e faleceu na cidade de Niterói, capital da Província do Rio de Janeiro, no dia 12 de dezembro de 1883, com 67 anos completos.

As duas categorias são: uma dos *direitos pessoais*, – outra, dos *direitos reais*.

Se na *introdução* se revela um jurista de inteligência penetrante e larga cultura das ciências jurídicas, o *texto articulado* é a prova mais completa dos conhecimentos práticos do Direito pátrio e da grande erudição do autor, cuja reputação ficou definitivamente firmada como a do homem capaz de tomar a si a enorme responsabilidade de confeccionar o projeto do Código Civil.

O Conselheiro Nabuco de Araújo, logo que aprovado foi o texto da *Consolidação das Leis Civis* (4 de dezembro de 1858), contratou a confecção do Código Civil (10 de janeiro de 1859) e o eminente Teixeira de Freitas começou, desde logo, a trabalhar na organização do projeto, sem, todavia, deixar o exercício da profissão de advogado, com clientela numerosa, que lhe absorvia a maior parte do tempo, forçando-o a utilizar-se do que lhe seria destinado ao natural repouso.

Terminado o prazo do contrato, em 1861, o Governo prorrogou-o e repetiu a prorrogação em 1865, e antes que esta última prorrogação chegasse a seu termo, já estando formulados 5.016 artigos, dos quais 3.702 já impressos no *Esboço* e 1.314 no prelo, o eminente mestre dirigiu ao Ministro da Justiça, Dr. Martim Francisco Ribeiro de Andrada, em 20 de setembro de 1867, um ofício desistindo de continuar na tarefa ingentíssima sem uma profunda remodelação de todo o plano delineado para a grande obra, uma vez que as suas idéias sobre codificação tinham sido substancialmente alteradas e, em consciência, não poderia chegar à perfeição na obra projetada se não traduzisse em fato a sua nova concepção.

Este ofício de 20 de setembro de 1867 é um verdadeiro modelo de técnica e a mais completa e robusta prova do altíssimo valor intelectual do sábio jurista, cujo nome ultrapassou os limites da pátria e cujos trabalhos fecundaram os monumentos jurídicos mais notáveis da América do Sul, os Códigos Civis das Repúblicas Argentina e Oriental do Uruguai[30].

---

30 A influência dos trabalhos de Teixeira de Freitas na organização dos Códigos Civis das Repúblicas Argentina e do Uruguai, é um fato publicamente confessado pelos autores dos respectivos projetos e pelos juristas de ambos os países. Dalmacio Vélez

Basta lê-lo integralmente, pois, não pode ser mutilado, para conhecer aquele valor.

Eis o referido ofício:

Ilmo. e Exmo. Sr.

"Cumpro um dever de consciência, e de cortesia para com V. Exª., não retardando por mais tempo a exposição dos motivos, que obstam ao complemento dos trabalhos do Projeto do Código Civil.

"Uma larga memória justificativa reservava eu para tempos calmos, receoso de não ser ouvido na extraordinária situação, que

---

Sarsfield, o glorioso autor do Código Civil Argentino, explicando as origens do seu trabalho, disse, textualmente, que se havia servido na redação do Código – *"principalmente del projecto de código civil para Espana, del senor Goyena, del código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeus, y* SOBRE TODO, DEL PROJECTO DE CODIGO CIVIL QUE ESTÁ TRABAJANDO PARA EL BRASIL EL SENOR FREITAS, DEL CUAL HE TOMADO MUCHISIMOS ARTICULOS". Lisandro Segovia, comentando o fato, diz que Freitas contribuiu com mais de uma quarta parte de artigos, *servindo de guia y consejero de inestimable mérito*. E esta influência foi tão acentuada e tão benéfica e com ela se honram tanto os verdadeiros homens de valor intelectual e científico da Argentina, que o nosso amigo Professor Enrique Martínez Paz, catedrático de *Direito Civil Comparado e de Filosofia Jurídica* da Universidade Nacional de Córdoba, para solenizar o primeiro centenário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil, publicou um volume, de perto de 200 páginas, em 1927, sob a denominação de – FREITAS Y SU INFLUENCIA SOBRE EL CODIGO CIVIL ARGENTINO –, dedicando-o à Universidade do Rio de Janeiro, trabalho em que, com uma lealdade própria dos espíritos verdadeiramente superiores, mostra *que mais de mil artigos do Código Civil de sua pátria foram tomados textualmente do Esboço de Teixeira de Freitas. Veja-se Lisandro Segovia – El Código Civil de la República Argentina* – introd. –; Olegário Machado – *Exposicion y Comentário del Código Civil Argentino* – introd.

Como aconteceu à Argentina, a influência de Teixeira de Freitas também se fez sentir sobre o espírito do ilustre jurista uruguaio Tristán Narvaja, autor do projeto do Código Civil da República Oriental do Uruguai, e da própria comissão nomeada para revê-lo, composta dos eminentes *mestres Manuel Herrera y Obes, - Antonio Rodríguez Cabelleiro e Joaquín Requena*, que confessam, no *Informe da Comissão,* quais os subsídios que foram buscar nos trabalhos do nosso patrício.

absorve nossa vitalidade; mas as longas expectativas cansam, e será talvez irreparável a incerteza provocada pela minha comunicação a V. Ex. em data de 20 de novembro do ano passado.

"Em 13 de dezembro do mesmo ano dignou-se V. Ex. de responder à essa comunicação não aceitando minha renúncia. Em termos, que agradeço cordialmente, invocando V. Ex. a fé do meu contrato de 10 de janeiro de 1859, excitando meus sentimentos, manifestou a satisfação do Governo Imperial para com os trabalhos até agora publicados.

"Ainda mais. No Relatório desta repartição, tratando da justiça civil, lamentou V. Ex. que tanto se tenha espaçado o termo daquele meu contrato; declarou não haver motivo para deixar de confiar no remate da empresa; e, tratando da justiça comercial, reconhece as excrescências do nosso Código do Comércio, a necessidade de revê-lo; reservando, porém, esse melhoramento para depois de apresentado e aprovado o Projeto do Código Civil.

"Há desarmonia profunda, Exm. Sr., entre o meu pensamento atual sobre tais assuntos, e as vistas do Governo Imperial.

"Está satisfeito o Governo com os trabalhos, de que já tem conhecimento, e o autor mal contente. Deseja o Governo a terminação do trabalho impresso, como se fora o contratado Projeto do Código Civil; e jamais passou pela intenção do autor, nem é do seu caráter, dar por Projeto do Código Civil, o que ele só compusera como ensaio, e lealmente publicara sob o título de – *Esboço.*

"O Governo espera por um Projeto do Código Civil no sistema desse *Esboço*, sistema traçado no meu contrato de 10 de janeiro de 1859, e para mim já não há possibilidade de observar tal sistema, convencido, como estou, de que a empresa quer diverso modo de execução.

"O Governo quer um Projeto de Código Civil para reger como subsídio ao complemento de um Código do Comércio; inten-

ta conservar o Código Comercial existente com a revisão, que lhe destina: e hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um Código do Comércio.

"O Governo só pretende de mim a redação de um projeto de Código Civil, e eu não posso dar esse Código, ainda mesmo compreendendo o que se chama Direito Comercial, sem começar por outro Código que domine a legislação interira.

"Justificarei sucintamente as divergências, que me afastam das vistas do Governo Imperial com a seguinte revelação.

"Meus esforços na codificação empreendida lutavam constantemente com duas dificuldades de gênero oposto, pelas quais afinal fui vencido. Tal é o poder da verdade!

"De um lado, matérias superiores a todos os ramos da legislação, forçoso foi incluí-las no Código Civil, como até agora se tem feito, já que delas carecia, e não havia outra parte da legislação em que delas se tratasse.

"De outro lado matérias privativas do Código Civil forçoso foi excluí-las, ou parti-las como também até agora se tem feito, já que havia um Código do Comércio em que delas se tratava. Além disto, sem definir, sem distinguir, sem dividir, nunca me foi possível formular a parte imperativa das matérias; e sempre ante mim erguido, o aforismo do perigo das definições acusava-me de uma falta, e com ele o preceito dos mestres, preceito, que infelizmente ainda ninguém soube guardar! Como sair de tais embaraços se o contrato de 10 de janeiro de 1859 só autorizou-me a preparar um Projeto de Código Civil pelo método da Consolidação das Leis Civis, ao qual somente aditou-se um 3º livro para as disposições comuns aos direitos reais? Faltaria eu à fé desse contrato, se apresentasse trabalhos diversos dos que me foram incumbidos; e nada se me pode argüir com justiça, se manifestei a impossibilidade de cumpri-lo, se usei do meu direito de renúncia, sujeitando-me às conseqüências dela.

"O plano da Consolidação das Leis Civis foi obra minha, primeiro tentâmen da exatíssima divisão dos direitos em pessoais e reais. Também foi minha a modificação do contrato de 10 de janeiro de 1859, que a esse primitivo plano aumentou o indicado 3º livro, quando ainda envolvido em sombras aparecia-me ao espírito o chamado – direito de herança.

"Se engendrei tudo isso, se alterei minhas primeiras idéias, porque não poderei mais uma vez alterá-las, ou antes requintá-las, *no meu ardente amor pela conquista da verdade jurídica?* Se o Governo Imperial tem aceitado todo esse lidar de pensamentos, se continua a confiar no operário, se não o prende alguma iniciativa do Corpo Legislativo, o que pode agora impedir o acolhimento de modificações novas em crescente proveito da mais acertada execução da empresa? Quem pode fazer, pode desfazer.

"Recomendam os mestres que a legislação não defina, porque as definições são da doutrina. Onde está, porém, a doutrina? Em parte nenhuma, porque nem os livros, nem a escola ensinam nada mais do que uma história de opiniões, ou questões de palavras, a ponto de não estar ainda líquida nem a noção significada pela palavra – direito.

"Começam todos os Códigos Civis por uma Introdução ou Título Preliminar sobre as leis em geral, sua publicação e aplicação. E se tais disposições são extensivas às leis de todas as espécies, como negar que estão impropriamente em um dos Códigos? Esta verdade foi reconhecida no seio da Comissão do nosso *Esboço de Código Civil,* e resulta da simples leitura do título preliminar desse *Esboço.*

"Todos os Códigos Civis tratam das pessoas e das coisas, e imitou-os o nosso *Esboço* com uma seção mais sobre os fatos, seguindo os escritores da escola germânica; e quem ousará dizer que não sejam estes os elementos de todos os direitos possíveis em todas as esferas da vida jurídica?

"Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que se deu o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; *pois que*

todos os atos da vida jurídica, excetuados os benefícios, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência.

"Não há mesmo alguma razão de ser para tal seleção de leis; pois que em todo o decurso dos trabalhos de um Código Civil aparecem raros casos, em que seja mister distinguir o fim comercial dos atos, por motivo da diversidade nos efeitos jurídicos.

"Entretanto, a inércia das legislações, ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações jurídicas, formou lentamente um grande depósito de usos, costumes e doutrinas, que passaram a ser leis de exceção, e que de leis passaram a ser códigos, com seus tribunais de jurisdição restrita e improrrogável. Eis a história do Direito Comercial! Eis falsificada a instrução jurídica e aturdidos os espíritos com a frívola anatomia dos atos até extrair-lhes das entranhas o delicado critério!

"O meio de sair de tais embaraços, de sanar tantos inconvenientes, de reparar os erros do passado, de fixar os conhecimentos jurídicos, de estabelecer a unidade da legislação e de extremar os verdadeiros limites da codificação civil, só o acharemos na composição de dois códigos, cujas divisões capitais vêm a ser:

CÓDIGO GERAL

Livro 1º – Das causas jurídicas.
Seção 1ª. – Das pessoas.
Seção 2ª. – Dos bens.
Seção 3ª. – Dos fatos.
Livro 2º – Dos efeitos jurídicos.

CÓDIGO CIVIL

Livro 1º – Dos efeitos civis.
Livro 2º – Dos efeitos pessoais.
Livro 3º – Dos direitos reais.

"A idéia de um Código Geral não é nova, tem sua primeira semente nos dois últimos Títulos do *Digesto de verborum significatione*, e *De diversis regulis juris antiqui*, como tão judiciosamente compreendeu Pothier nas suas *Pandectas*, quando diz: *Quasi pro totius operis coronide.*

"Em verdade, há uma grande massa de materiais que, por isso mesmo que entram em todos os ramos da legislação, não pertencem a algum dos ramos peculiares, *quae nulli certa tractione peculiares própria dici possunt.* Encerram noções preliminares, servem para interpretações de todas as leis, *necnon ea, qua ad previas quasdam legum notiones, earumque interpretationem pertinent.*

"Outra semente acharemos na *legum leges* de Bacon, nas leis, que têm por objeto todas as outras leis, e cada uma delas, *ex quibus informatio peti possit, quid in singulis legibus bene, aut perperam positum aut constitutum sit.* E alargando o intuito predominante do sábio analisador, aí temos a suprema classe de leis, que descreve as mais especiais, regula sua publicação, vulgarização, interpretação e aplicação e marca os casos de sua abrogação ou derrogação.

"Mais um precedente mostra-nos o Código Civil da Louisiania em seu último – *Título da significação das palavras* – onde firmase a inteligência dos vocábulos, que no corpo do Código não têm sido particularmente definidos.

"A diferença, que vai de uma nomenclatura legislativa à dos dicionários jurídicos em uso, é a mesma que distingue uma lei e uma opinião, ou a certeza e a dúvida. De que se carece é de força obrigatória para a significação das palavras do legislador, sobretudo das palavras técnicas. Sem tal providência não haverá lei boa, e reinará permanente incerteza na administração da justiça.

"O projetado Código Geral conterá todas as definições necessárias, assim as das matérias superiores como as das disposições de cada um dos códigos particulares, de modo que nestes últimos nada se defina.

"Conciliamos, destarte, o preceito com a necessidade.

"No Código Geral as leis que ensinam, nos outros códigos as leis que mandam.

"O Código Geral para os homens da ciência, os outros códigos para o povo.

"O projetado Código Geral será muito mais do que um código de definições.

"Compreenderá todas as matérias do 1°. Livro – do nosso *Esboço do Código Civil* sobre – coisas – e fatos, elevando-as, porém, à sua derradeira altura.

"As – pessoas – não serão simplesmente meros sujeitos ou titulares de direitos, como ensina a melhor doutrina; por outra, não serão sempre causas passivas de direitos.

"Serão também causas ativas, por si, os representantes; e nem há outro criador de direitos nas relações humanas, já que os fatos do mundo não livre são traduções infalíveis de outras leis.

"A teoria das – cousas – passará a ser teoria de bens – considerados estes, não unicamente como objetos de direitos, segundo ensina também a melhor doutrina; senão igualmente como causas passivas de direitos, já só por si, já por influência dos fatos.

"Os – fatos – que não forem atos, serão sempre causas passivas de direitos, e causas primas, do mesmo modo que os atos não livres; mas os atos livres nunca serão causas primas, serão sempre efeitos em relação a efeitos ulteriores. Eis a verdadeira interpretação da realidade, que assentará em seu lugar próprio a isolada doutrina da – causa das obrigações – que nenhum escritor tem satisfatoriamente explicado.

"Na escala dos atos jurídicos entram as leis, que, aliás, se têm atulhado até o presente como assunto soberano ou preliminar; e assim as nacionais, como as estrangeiras. Atos em geral, atos voluntários, involuntários, jurídicos, probatórios, legislativos, governamentais, administrativos, judiciais, civis, comerciais, ilí-

citos; tal é a escala, que percorremos, e bem se vê que as leis são atos legislativos, e que acima destes estão os atos jurídicos.

"O fruto colhido desta graduação é o conhecimento exato das matérias comuns a todos os atos jurídicos, e das peculiares de cada espécie deles. Assim é, por exemplo, que muitas regras de interpretação, e as providências sobre a computação dos prazos, dominam tão-somente os contratos e os testamentos, como as leis e os atos judiciais. Veja-se o art. 15 do *Esboço do Código Civil.*

"O senso comum, que de ordinário é o mais sábio dos jurisconsultos, bem penetra esta e muitas outras verdades. Diz que as leis são atos legislativos, assim como diz que os contratos são leis para as partes contratantes e que os testadores são legisladores.

"As leis em um grupo, e em outro grupo o resto dos atos jurídicos, são em última análise as únicas potências, a que se reduzem todas as causas jurídicas. Quando o efeito jurídico não deriva do ato jurídico de quem não é legislador, tanto quanto lhe cabe em sua esfera, tem falado necessariamente o legislador, a quem só compete entender a mudez dos outros fatos. Neste sentido é que se fala de obrigações nascidas da lei.

"E os atos probatórios? Acima deles estão as provas em geral, que são os meios de mostrar a verdade de todas as alegações, em toda parte, e perante qualquer órgão de poder público; entretanto que só têm sido encarados com – provas judiciárias – e regulados por isso nas leis do processo! Não, toda a natureza das provas pertence por sua natureza ao Código Geral.

"Das causas jurídicas dimanam todos os direitos possíveis, regulados pelas leis do Direito Privado e do Direito Público; e deles em geral trata o 2º Livro do Código Geral sobre a inscrição de – efeitos jurídicos – porque incontestavelmente não há direitos, que não sejam efeitos, não há direitos inatos. A liberdade é o homem. A liberdade em política jamais teria o nome de direito, se os povos não se houvessem remido das instituições opressivas; e na vida civil não teria correlativo, se não fosse o abuso da escravidão.

"Não se creia, porém, que na idéia dos – efeitos jurídicos – entram somente os direitos.

"Eles aí entram como direitos vivos, como direitos em exercício em todo o decurso de sua existência, como efeitos de direitos em todas as manifestações concebíveis. O primeiro dos efeitos jurídicos é a aquisição dos direitos, – o último a extinção dos direitos; e o que é uma extinção de direitos senão a negação de direitos?

"Se das leis civis no sistema usado tira o Código Geral todas as disposições elementares sobre as pessoas, bens e fatos; se das leis do processo, ou de quaisquer outras, separa as disposições que regulam as provas, do atual Código do Comércio removerá o que concerne a estas mesmas matérias e do Código Penal apartará toda a teoria e nomenclatura dos delitos, como parte integrante da teoria dos atos ilícitos.

"Desta sorte ficará limitado o projetado Código Civil às disposições do 2º e 3º livros do *Esboço* já publicados, e do 4º livro ainda não publicado, menos as definições. Ganhará, porém, e apresentará em seus lugares próprios, todas as matérias do atual Código do Comércio, ainda que não excrescentes no sentido do último Relatório desta Repartição, que não forem de Direito Administrativo ou não pertencerem às leis do processo.

"Os contratos em geral, o mandato, a compra e venda, a troca, a locação, o mútuo, a fiança, a hipoteca, o penhor, o depósito, as sociedades, os pagamentos, a novação, a compensação, a prescrição, e os seguros voltam a seus respectivos grêmios no Código Civil, onde as inscrições são as mesmas.

"O mandato, completar-se-á com as disposições sobre corretores, agentes de leilões e comissários.

"A locação de serviços com os relativos a feitores, guarda-livros, caixeiros, comissários de transportes, capitães de navios, pilotos, contramestres e gente da tripulação.

"O depósito com os concernentes a trapicheiros e administradores de Armazéns.

"A troca com o contrato de câmbio, e letras de câmbio.

"A locação de bens com os fretamentos.

"O mútuo com as contas-correntes, letras de terra, notas promissórias e empréstimo a risco.

"A indenização do dano completar-se-á com as avarias.

"Tal é o plano, que nos permitirá erigir um monumento glorioso, plantar as verdadeiras bases da codificação, prestar à ciência um serviço assinalado. Só ele corrigirá o vício de quase todos os trabalhos legislativos, que é o de tomar a parte pelo todo, o que freqüentemente se faz por tudo que se pode fazer.

"Se o Governo Imperial o aceitar, há necessidade de uma autorização nova; publicar-se-á em breve o Projeto do Código Geral, completar-se-á em seguida a publicação do *Esboço* já publicado em sua maior parte, e terminará o trabalho pela publicação do Projeto do Código Civil.

"Se o Governo Imperial não o aceitar, o mais, a que posso resignar-me é à publicação do complemento do *Esboço*, que não deixa de ter seu merecimento relativo, segundo o estado atual das idéias; terminando, porém, nesse ponto o meu trabalho, desonerando-se-me de todas as mais obrigações do meu contrato de 10 de janeiro de 1859.

"Se me recusam a possibilidade intelectual de preparar em dois ou três meses um livro com letreiro de Código Civil, à feição do nosso Código Comercial vigente, ou do moderno Código Civil de Portugal, como explicar a lentidão dos meus trabalhos, o consumo de mais de oito anos, sem ainda ter chegado ao fim? Bem se vê aí leveda um nobre sentimento, um amor de perfeição, que só a consciência pode recompensar.

"Se me negam a possibilidade moral de arranjar códigos de rotina, que só servem para atrair recompensas exteriores, então sou réu confesso.

"Rogo a V. Ex. que refletidamente medite sobre toda essa ingênua exposição; que a submeta ao critério de Sua Majestade o Imperador, e que afinal resolva como melhor parecer em sua sabedoria.

"Deus guarde a V. Ex.

"Rio de Janeiro, em 20 de setembro de 1867.

"Ilmo. e Exm. Sr. CONSELHEIRO MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADA, *Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.*

"AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS"

O plano de remodelação assim exposto, embora importasse em nova perda de tempo na sua execução, não foi objeto de repulsa; ao contrário, ouvido o Conselho de Estado, este, por sua seção de Justiça, composta de José Tomás Nabuco de Araújo, Francisco de Sales Torres Homem e Visconde de Jequitinhonha, foi de parecer que se aceitasse a proposta, dando as razões da aceitação e acentuando que a demora seria "compensada pela possibilidade de uma invenção, que pode dar glória ao autor e ao país".

Nada se fez, porém, de definitivo, até que, em 18 de novembro de 1872, o Ministro da Justiça Cons. Manuel Antônio Duarte de Azevedo rescindiu o contrato de 10 de janeiro de 1859 e, com ele, malogrou-se a primeira tentativa para a codificação do Direito Civil Brasileiro.

Não podemos passar adiante sem examinar, ainda que ligeiramente, a concepção do plano de reforma proposta por Teixeira de Freitas no célebre ofício acima transcrito.

Em regra os que lêem o magistral trabalho não o entendem na significação absoluta das idéias; deixam-se ficar no problema da unificação do Direito Civil e Comercial, quando, na realidade, o objetivo do preclaro jurista era muito mais vasto, abrangendo todo o *Direito Interno, com um Código Geral das leis que ensinam e um Código Civil das leis que mandam.*

O gênio criador, iluminado pelo clarão brilhante da reorganização do Direito Romano por Justiniano, como que pretendia formular no

Código Geral a matéria das *Institutas* e do *Digesto* e no Código Civil a do *Codigo Repetitæ Prelectiones* e *Novelas.*

Mas, a expressão *Código Civil* não correspondia, no espírito do sábio jurista, ao que comumente se dá aos Códigos que trazem esta denominação.

Romanista dos mais dedicados, para ele o Direito Civil, no Brasil, devia ser, como em Roma, o Direito dos cidadãos em suas relações recíprocas e com o Estado, Direito ao mesmo tempo Público e Privado, e não somente Direito Privado.

Por isto, entendia, como entendiam os grandes jurisconsultos romanos, que a coordenação dos princípios de todos os ramos do Direito, de qualquer natureza, *comum comercial, administrativo, penal,* etc.; se impunha para determinar a *unidade* do *Direito Interno* em um Código Civil, ou em Códigos Civis diversos, conforme o assunto peculiar de cada um, como se está fazendo atualmente na Rússia, e Cimbali[31] lembrou no seu magistral trabalho.

Esta idéia, que ressurgiu na Europa e vai sendo objeto de adaptação prática, teve o seu período de discussão, como se vê no trabalho do pranteado Sá Viana[32], quando estuda a precedência do sistema por ele proposto.

---

31 *La Nuova Fase Del Diritto Civile* – Consta-nos que o eminente professor Rodrigo Otávio, como delegado do *Instituto Franco-Brasileiro de Alta Cultura,* realizou em Paris, Roma, Haia e Varsóvia várias conferências sobre assuntos brasileiros, entre as quais uma sobre – TEIXEIRA DE FREITAS E A UNIDADE DO DIREITO PRIVADO. Infelizmente, porém, não conhecemos o trabalho do ilustre jurista, embora tenha sido publicado na *Revue Trimestrelle de Droit Civil,* editada em Paris, no número de setembro de 1930. Deve ser um estudo completo da concepção do preclaro civilista pátrio, como costuma fazer o provecto professor Rodrigo Otávio, cujos trabalhos, naquela excursão, causaram profunda impressão nos meios científicos, principalmente os que tinham por tema – CLÓVIS BEVILAQUA E A CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL, – A AMÉRICA E A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, – RUI BARBOSA E A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, – e todas as lições do curso da *Academia de Direito Internacional de Haia.*

32 *Traços Biográficos de Teixeira de Freitas* – págs. 214 e seguintes.

Puglia[33], Thaller[34], Jitta[35], D'Aguanno[36], Vivante[37] e outros, que tanto escreveram sobre o assunto, não levam vantagem ao nosso preclaro patrício, porque, ao passo que aqueles batiam-se principalmente pela fusão do Direito Civil e Comercial, Teixeira de Freitas tinha vistas mais elevadas e as lançara sobre horizonte mais vasto – a unidade da codificação do Direito Interno[38].

A própria seção do Conselho de Estado, no parecer a que aludimos, não compreendeu, em toda a sua extensão, a idéia fundamental de Teixeira de Freitas, supondo tratar-se, além do Código das definições, de simples refusão do Código Comercial no Código Civil, fazendo "*cessar as jurisdições e, por conseqüência, as questões de competência*".

Esta questão de jurisdições excepcionais já não tem a importância de outrora, porque todos os Estados da República e o Distrito Federal vão admitindo e praticando a jurisdição única em matéria de Direito Privado e de Direito Fiscal municipal, como a mais razoável das soluções para as dificuldades criadas por aquelas questões de competência. Mas, isto é devido exatamente à evidência dos argumentos do grande mestre e a simpatia que a sua idéia conquistou entre os cultores do Direito no Brasil, os quais bem sabem, como ele mesmo disse, qual o seu "*ardente amor pela conquista da verdade jurídica*".

Rescindido o contrato de 10 de janeiro de 1859, não obstante os esforços em contrário de Martim Francisco e Nabuco de Araújo, foi

---

33 *Il diritto nella vita economica.*

34 *Des faillites en legisl. compar.*

35 *La methode en Droit Internacional.*

36 *La reforma integral de la legisl. civil.*

37 *Tratado di diritto comerciale.*

38 O romanismo de Teixeira de Freitas não é feição que se descubra somente nos seus escritos. É ele mesmo quem o confessa expressamente, dizendo, em 1857: *"Não me podeis fazer maior honra que a de chamar-me romanista. Nas leis e doutrina do direito Romano está depositada toda a filosofia do Direito."* E em carta ao Instituto dos Advogados, com fina ironia, termina oferecendo uma contribuição para fundar uma biblioteca, recomendando expressamente a compra dos livros do *Corpus Juris*. Vide Martínez Paz – cit. Freitas – pág. XXIII e XXIV.

celebrado contrato para a elaboração de novo projeto com o dito Cons.º Nabuco de Araújo, em 3 de dezembro de 1870.

Homem de notável atuação política, senador do Império e um dos chefes do Partido Liberal, preso a mil afazeres, Nabuco de Araújo não conseguiu até 19 de março de 1878, data do seu falecimento, fazer mais de 300 artigos do projeto, sendo 118 do *título preliminar* e 182 da *parte geral*[39].

Ficava, assim, pela segunda vez, suspensa a confecção do projeto e como parecesse ao Dr. Joaquim Felício dos Santos que se não deveria interromper os trabalhos, ofereceu-se ao Cons. Lafaiete Rodrigues Pereira, então ministro da Justiça, para organizar um projeto e, sem celebrar contrato, nem mesmo receber oficialmente a incumbência, recolheu-se ao seu Estado natal – Minas Gerais – e formulou um projeto, que foi apresentado ao governo imperial, em 1881, sob a denominação de *Apontamentos para o projeto do Código Civil*, desenvolvidos em 2.762 artigos.

Nomeada uma comissão de juristas[40] para estudar o projeto e dar parecer, nada de útil fez tal comissão, que dissolveu-se por si mesma, malogrando-se, mais uma vez, os esforços empregados para a codificação civil [41].

Ascende ao poder o Partido Liberal, em 1889, chefiando o Ministério o Visconde de Ouro Preto (Afonso Celso de Assis Figueiredo) e ocupando a pasta da Justiça o Cons. Cândido Luís Maria de Oliveira.

---

39 Sobre os trabalhos de Nabuco de Araújo na confecção do seu projeto e na participação dos trabalhos de Teixeira de Freitas, veja-se a obra de Joaquim Nabuco – *Um Estadista do Império* –, vol. III, págs. 521 e seguintes –, em que o inesquecível tribuno da abolição mostra, com evidente clareza e irrespondível argumentação, a situação perfeitamente correta do seu venerando pai como substituto de Teixeira de Freitas na grande missão de organizador do Código Civil.

40 Compunha-se a comissão, sob a presidência do Cons.º Lafaiete Rodrigues Pereira, dos ilustres Professores Justino Andrade e Antônio Joaquim Ribas, da Faculdade de São Paulo, Antônio Coelho Rodrigues, da Faculdade de Recife, e o notável advogado nesta Capital Cons.º Antônio Ferreira Viana.

41 Com o advento da República, o Ministro da Fazenda Cons.º Tristão de Alencar Araripe mandou publicar em livro, na Imprensa Nacional, o projeto do Dr. Felício dos Santos e oferecido ao Congresso Nacional para ser objeto de discussão, não logrou as simpatias dos legisladores, não obstante ser um trabalho de real merecimento. Foi, afinal, rejeitado.

No programa do Ministério estava consignada, como idéia a realizar, a da organização do Código Civil e sua promulgação em 1890[42] e, sem perda de tempo, o pranteado jurisconsulto ministro da Justiça, com aquele devotamento fervoroso ao Direito, que dele fez, aos 70 anos de idade, um dos mais notáveis professores da nossa ciência, meteu ombros à empresa, cercando-se dos mais reputados juristas do país e interessando vivamente o próprio Monarca no êxito dos trabalhos.

Com efeito, deixando de parte o sistema que vinha sendo adotado, até então, de confiar a um jurista de nomeada o encargo de confeccionar o projeto do Código Civil, o Cons. Cândido de Oliveira preferiu nomear uma comissão de sete juristas de reputação firmada, sob sua presidência, e, efetivamente, assim fez, ficando dita comissão composta dos: Dr. Olegário Herculano de Aquino e Castro, antigo magistrado, Dr. Afonso Augusto Moreira Pena, notável estadista que faleceu como Presidente da República, Cons. Manuel Pinto de Sousa Dantas, o grande abolicionista, antigo magistrado e ministro de Estado de várias pastas, Dr. Antônio Coelho Rodrigues, professor da Faculdade de Direito do Recife, Dr. José da Silva Costa, advogado de grande reputação, e Barão de Sobral, que exercia as funções de diretor-geral da Secretaria da Justiça e conhecia minuciosamente todos os trabalhos das tentativas malogradas, que deviam ser atendidos de forma a conciliar o elemento científico com o histórico e, por esta forma, organizar-se um projeto que traduzisse o verdadeiro estado da civilização brasileira.

Dez dias após a sua nomeação, a comissão se reuniu no Paço imperial e o velho Monarca bem compreendendo a importância do acontecimento e querendo ligar-se estreitamente a ele, assumiu a presidência dos trabalhos e, daí em diante, assistiu, com particular interesse, todas

---

42 O nosso republicanismo da propaganda não impede que reconheçamos na figura de Pedro II um dos mais fortes elementos da intensificação da cultura do Direito no Brasil. O saudoso mestre Cons.º Cândido de Oliveira disse-nos uma vez que o venerando Monarca pedia-lhe sempre que ativasse os trabalhos na Comissão do Código Civil, pois, era seu maior desejo solenizar o jubileu do seu reinado, em 1890, *com a promulgação do Código Civil e a abolição da pena de morte,* no Código Penal que estava sendo também elaborado.

as conferências da comissão, manifestando-se apologista das idéias mais adiantadas que se submetiam à discussão[43].

Para avaliar o espírito liberal consagrado na conformação dos vários institutos do projeto, transcrevamos o que, a respeito, escreveu o eminente presidente da comissão Cons. Cândido de Oliveira nas suas magníficas lições de *Legislação Comparada*[44]:

"A 10 de julho teve lugar, sob a presidência do Imperador, a primeira conferência no Paço da Cidade.

"Nela ficou assentado que, *ad instar* do processo adotado na Alemanha, onde, na mesma ocasião, assunto semelhante era estudado, se distribuísse o serviço pelos diversos membros. Assim: Ao Barão de Sobral, secretário-geral, tocou a lei de introdução;

"O direito das coisas – ao Cons. Olegário;

"O das obrigações – ao Cons. Silva Costa;

"O da família ao Cons. Coelho Rodrigues; e o das sucessões ao Cons. Afonso Pena, substituído, durante a sua ausência, pelo próprio ministro da Justiça.

"O trabalho, desempenhado gratuitamente, prosseguiu com invejável assiduidade até o dia 14 de novembro.

"Quando o movimento militar triunfante derrocou o trono de D. Pedro II, a tentativa da codificação estava notavelmente adiantada.

"Aprovada a distribuição das matérias[45] e organizados os índices, cada um dos membros, sucessivamente, apresentou ou o esboço da parte que lhe tocava, ou dissertações e memórias preliminares.

"O Barão de Sobral redigiu o título preliminar, com quarenta artigos; – o Cons. Olegário apresentou uma longa e metódica exposição sobre o direito das coisas; o Cons. Coelho Rodrigues – extensa justificação do índice do direito de família, ao passo que, organizado pelo ministro o

---

43 Vejam-se Silva Costa – *A fase adventícia no Brasil – 1891* – e Cândido de Oliveira – *Lic. de Leg. Comp.* – pág. 210 e seguintes.

44 *Décima oitava lição* – págs. 211 – 212.

45 Esta distribuição compreendia: 1º – Título Preliminar. 2º – Parte Geral. 3º – O Direito de Família. 4º – O Direito das Coisas. 5º – O Direito das Obrigações.

índice do direito das sucessões, era o primeiro título articulado pelo Cons. Afonso Pena e submetido à discussão.

"Finalmente, desdobrando o seu plano sobre o direito das obrigações, traçado no índice de 25 de julho, o Cons. Silva Costa formou a sinopse dos seus importantes trabalhos, a que só faltava a última demão[46].

"Membro daquela comissão, não posso ocultar a satisfação, de que me achava possuído, quando via prevalecerem as idéias as mais adiantadas em matéria de direito privado.

"Estavam aceitos os seguintes institutos: O casamento civil; – o *homestead*; o *sistema Torrens*; a livre disposição testamentária; – a personalidade, o estado, a capacidade civil e os direitos de família; a lei de personalidade segundo as sucessões legítima e testamentária; a preferência dos cônjuges aos colaterais na ordem da sucessão legítima; o divórcio no caso de adultério."

Terminou, assim, com o próprio trono imperial, a última tentativa do governo monárquico para cumprir a promessa da Constituição Política de 1824.

Mas, embora persistindo no propósito de organizar o Código Civil, o governo se não esquecia de ir melhorando gradativamente a legislação comercial e civil por meio de leis avulsas, sempre discutidas no Parlamento com assinalada elevação de vistas ou formuladas nos gabinetes dos ministros por mãos hábeis e adestradas no serviço do Direito.

A regulamentação do exercício das funções de certos *agentes do comércio*, como os *Corretores*[47], os *Agentes de leilões*[48] e *Intérpretes do comércio*[49], veio logo após a promulgação do Código, seguindo-se-lhe a lei sobre a criação e organização dos bancos e sociedades diversas[50] e tantas outras

---

46 Cons. Silva Costa – *A fase adventícia no Brasil* – 1891, pág. 9 e seguintes. Aí diz o ilustre jurista: Em poucas sessões, os trabalhos da Comissão tinham progredido tanto, que já não era lícito duvidar que a redenção das leis civis ia, afinal, após tão repetidas e infrutíferas tentativas, encontrar o seu almejado advento.

47 Dec. n.º 806, de 26 de julho de 1851.

48 Dec. n.º 858, de 10 de novembro de 1851.

49 Dec. n.º 863, de 17 de novembro de 1851.

50 Dec. n.º 2.711, de 19 de dezembro de 1860

reclamadas pelo grande desenvolvimento da vida mercantil e pela prosperidade econômica do país, procurando-se satisfazer, quanto possível, essas legítimas aspirações das classes geradoras da riqueza pública.

Contemporaneamente, muitos institutos de Direito Civil, que o prometido Código ainda não havia criado ou melhorado, foram objetos de várias leis, como a que regulou os *direitos civis* e políticos dos filhos dos estrangeiros nascidos no Brasil, cujos pais não estivessem em serviço de sua nação e das estrangeiras casadas com brasileiros e das brasileiras casadas com estrangeiros[51], – a que dispôs sobre os efeitos civis dos casamentos das pessoas acatólicas[52], – a que reformou a legislação hipotecária[53] e outras muitas.

Todas estas leis, à proporção que iam sendo publicadas, provocavam os comentários dos advogados, as interpretações dos juízes e tribunais, as lições dos mestres das Faculdades de Direito do Recife e de São Paulo e a formação de uma literatura jurídica reveladora de sólida cultura e de acentuada aptidão dos brasileiros para os estudos de Direito.

O progresso do país manifestava-se não só materialmente, como também intelectualmente, e o Direito, que se ia organizando pela contribuição de vários elementos de formação, correspondia a esse progresso material e intelectual.

Liberto o ventre da mulher escrava pela áurea lei de 28 de setembro de 1871, estacando-se, assim, a fonte de escravidão, o trabalho livre e as aspirações liberais dos brasileiros foram preparando o meio social, econômico e político, de forma que, quando a lei de 13 de maio de 1888 foi promulgada e, com ela, extinguindo-se a escravidão, todos os habitantes do país, nacionais e estrangeiros, esperavam a República como uma conseqüência lógica da evolução jurídica do Brasil e não como um golpe de aventura política de um partido. Se ela veio mais cedo do que se supunha, todavia, veio a tempo de impedir o advento do terceiro reinado, cujas bases já vinham sendo assenta-

51 Dec. n.º 1.096, de 10 de setembro de 1860.
52 Dec. n.º 1.144, de 11 de setembro de 1861.
53 Lei n.º 1.237, de 24 de setembro de 1864, e seu Reg. m.º 3.453 de 26 de abril de 1865.

das, desde a partida de D. Pedro II para a Europa, em tratamento de grave enfermidade, de que, afinal, quatro anos depois, faleceu no exílio e destronado.

Com o advento da República, o governo provisório, reunindo em suas mãos os poderes do Estado, usou largamente da função legislativa, tocando, com suas reformas e com as suas criações, todos os departamentos da organização civil e política e mantendo, em regra tudo quanto de real valor a nação havia incorporado ao seu patrimônio moral e jurídico.

Erros foram cometidos; uns, inaceitáveis, oriundos da desorientação própria dos participantes dos grandes acontecimentos; outros, esperados, provindos da influência de um certo sistema filosófico que dominava os espíritos dos mais devotados elementos na implantação do regime.

Uma ligeira referência às leis formuladas pelo Governo provisório, desde 15 de novembro de 1889 a 23 de fevereiro de 1891, véspera do início da execução da Constituição Federal, mostrará a importância das matérias dessas leis e a influência que tiveram elas de exercer na evolução do Direito nacional.

No domínio do Direito Comercial, merecem referência: a lei das *sociedades anônimas*[54], – a do *crédito móvel*[55], – a que cria o *registro de firmas ou razões comerciais*[56], – a lei de *falências*[57], trabalho de alto merecimento, formulado pelo eminente advogado Cons. Augusto de Carvalho, e muitos outros de trato diário.

No domínio do Direito Civil, mais acentuadas e profundas foram as alterações feitas na legislação vigente, tais como: no *regime hipotecário*[58], – na criação e regulamentação do *casamento civil*[59], – na matéria da *locação de serviços agrícolas*[60], – na instituição do *sistema Tarrens*[61],

54 Dec. n.º 164, de 17 de janeiro de 1890.
55 Dec. n.º 165 A, de 17 de janeiro de 1890.
56 Dec. n.º 916, de 24 de outubro de 1890.
57 Dec. n.º 917 de 24 de outubro de 1890.
58 Dec. n.º 169 A, de 19 de Janeiro de 1890, e Dec. n.º 370, de 2 de maio de 1890.
59 Dec. n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890.
60 Dec. n.º 213, de 22 de fevereiro de 1890.
61 Dec. n.º 451 B, de 31 de maio de 1890, e Dec. n.º 995 A, de 5 de novembro de 1890.

– nas regras para a *obrigatoriedade das leis*[62], – sobre a *divisão e demarcação de terras*[63] –, aplicação do Reg.n.º 737, de 25 de novembro de 1850 ao processo das *causas cíveis*[64], – *organização da Justiça local* do Distrito Federal[65] – etc.

Estes atos legislativos, em matéria de Direito Comercial e Civil, eram também acompanhados de outros atinentes ao Direito Penal, da máxima importância, como a da *abolição da pena de galés*, redução a *30 anos de pena perpétua* e *à comutação da prisão preventiva na execução*[66], o da promulgação do novo Código Penal[67] etc.

Mas, não ficou aí o desejo de refundir a legislação pátria; a organização do Código Civil foi também objeto dos cuidados do Governo provisório, que tinha como ministro da Justiça o preclaro advogado paulista Dr. Manuel Ferraz de Campos Sales.

O Cons. Coelho Rodrigues, que fizera parte da última comissão organizadora do Código Civil e a quem fora confiada a seção relativa ao Direito de Família, já se havia desempenhado a contento do Governo provisório da República na elaboração da lei do casamento civil, e, por isto, o Ministro Campos Sales, por Dec. de 15 de junho de 1890, incumbiu o ilustre professor da Faculdade do Recife da missão de organizar o projeto do Código Civil.

Para maior tranqüilidade de espírito e maior eficiência de trabalho, o preclaro jurista retirou-se do país, indo para a Suíça, onde formulou o projeto, que, apresentado ao Governo e revisto por uma comissão, foi afinal rejeitado.

O autor, porém, se não conformou com esta decisão e, sendo senador da República, provocou a intervenção do Senado, que o amparou, autorizando o Governo a mandar proceder a revisão do projeto.

62 Dec. n.º 572, de 12 de julho de 1890.
63 Dec. n.º 720, de 5 de setembro de 1890.
64 Dec. n.º 763, de 19 de setembro de 1890.
65 Dec. n.º 1.030 de 14 de novembro de 1890.
66 Dec. n.º 774, de 20 de setembro de 1890.
67 Dec. n.º 847, de 11 de outubro de 1890.

Nada, porém, conseguiu, chegando até às portas dos tribunais, em memorável ação que propôs contra a União, sem resultado, aliás.

E assim terminou a última tentativa malograda para a confecção de um Código Civil[68].

Não devemos passar ao estudo da organização definitiva do Código Civil, sem fazer uma apreciação, ainda que muito rápida, acerca da influência das Faculdades de Direito e da literatura jurídica dos nossos escritores, cujos trabalhos muito têm contribuído para estimular a cultura do Direito entre nós, sobre o espírito dominante no país, sempre norteado e dirigido para as mais acentuadas conquistas liberais.

Essa benéfica e profunda influência, no que se refere, particularmente, à atuação das *cátedras* das Faculdades de Direito do Recife e de São Paulo, tem sido exercida pelos mais eminentes mestres, contribuindo para uma fecunda vulgarização da ciência que nos vinha da França, de Portugal e às vezes da Itália, inspirando um movimento de curiosidade, que ia descobrindo institutos e fortalecendo o espírito científico.

Na Faculdade de Direito, em Olinda até 1854 e no Recife, daí em diante, figuraram mestres de grande merecimento, entre os quais, em Olinda, Pedro Autran da Mata e Albuquerque, que publicou vários livros sobre *Direito Natural, Direito Público Universal, Economia Política,* etc.; – Lourenço Trigo de Loureiro, autor das *Instituições do Direito Civil Brasileiro,* dos *Elementos de Prática do Processo* e *Elementos de Economia Política*; – Francisco de Paula Batista, uma das figuras mais destacadas da faculdade pernambucana, autor de dois trabalhos já considerados clássicos na literatura jurídica do país – *Teoria e Prática do Processo Civil* e *Hermenêutica*

68 Clóvis Bevilaqua diz que além dos projetos mencionados, que influíram na evolução das idéias do país, porque foram discutidos e estudados, um houve, que passou quase despercebido, por não ter vindo à luz da imprensa. Refiro-me ao projeto do Sr. Visconde de Seabra, autor do projeto do Código Civil Português. "Ignoro", continua Clóvis, "se chegou a escrever um trabalho completo. Dele vi apenas em manuscrito, que se conserva na Secretaria da Justiça, o título preliminar e alguns artigos sobre a *Capacidade civil e seu exercício.* O autor na folha de rosto, declarava-se natural do Rio de Janeiro e cadete honorário do antigo regimento de cavalaria de linha, de Minas Gerais. Procurava, por esse modo, desfazer as prevenções do amor-próprio nacional." – *Cód. Civil Com.* – vol. I, introd. – pág. 19.

Jurídica, livros primorosos e admiráveis na síntese da exposição e na lógica das conclusões; – e Zacarias de Góis e Vasconcelos, o notável estadista do Império, belo talento, vasta ilustração jurídica, comprovada, talvez de preferência, na tribuna parlamentar, como se vê dos *Anais* da Câmara dos Deputados e do Senado, deixando como professor um trabalho simples – *Da Natureza do Poder Moderador* –, de insignificantes proporções para aferir o seu valor, mas, também, uma grande reputação de mestre.

Na Faculdade do Recife foram figuras de relevo Mendes da Cunha, Brás Florentino, Silveira de Sousa, Aprígio Guimarães, J. J. Seabra, José Higino, Barros Guimarães, Adolfo Cirne, Martins Júnior, Gervásio Fioravante, Pinto Júnior, Neto Campelo, o romanista consagrado, e o maior de todos os mestres de Direito no Brasil, Tobias Barreto de Meneses, o vigoroso espírito que revolucionou o pensamento jurídico do Brasil e fez uma época na evolução das idéias[69].

A contribuição da Faculdade de Direito do Recife para a formação do Direito brasileiro foi abundante e preciosa, e embora não obedecesse a esta preocupação, como aliás entendia Tobias Barreto que deveria obedecer[70], conseguiu, indiretamente, assumir, por seus mestres e seus discípulos, posição de preponderância nos meios cultos do país e na representação do poder legislativo nacional.

A Faculdade de Direito de São Paulo, por sua vez, com os seus grandes vultos como Cons. Antônio Joaquim Ribas, civilista e processu-

---

69 Nosso trabalho não comporta uma apreciação, mesmo rápida, sobre a atuação de Tobias Barreto na evolução do pensamento jurídico no Brasil e o leitor que desejar conhecê-lo mais de perto veja a *História da Literatura Brasileira* de Sílvio Romero – vol. II, págs. 463 e seguintes, a – *História da Faculdade de Direito do Recife* – vol. II, págs. 79 e seguintes e *Juristas Filósofos* – págs. 107 – de Clóvis Bevilaqua – e a nossa conferência – "Tobias Barreto – filósofo, jurista e poeta", na – Época – revista dos alunos da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro – Agosto – 1921.

70 Uma das suas teses de concurso tratava exatamente do assunto e como os candidatos concorrentes não tocaram na tese, ele escreveu um belo artigo – "As Faculdades Jurísticas como fatores do Direito Nacional" – Obras Completas – vol. VII, págs. 191 e seguintes.
No Congresso Científico Pan-Americano de Lima (1924), a tese foi por nós formulada, discutida e aprovada a conclusão afirmativa, por unanimidade.

alista notável; Dr. Justino de Andrade, cuja tradição de austeridade em nada prejudicava a fama de exímio conhecedor do Direito Civil pátrio e português e do Direito Romano; Barão de Ramalho, preclaro processualista, cujos livros se tornaram guias seguros de advogados, juízes e tribunais; – Cons.º Duarte de Azevedo, sábio jurista; – João Monteiro, o elegante e profundo jurista, cujo saber e estilo revelavam um perfeito mestre; – Almeida Nogueira, Herculano de Freitas, Manuel Aureliano de Gusmão; Brasílio e Alcântara Machado, Reinaldo Porchat e Spenser Vampré, sendo que os dois últimos, nobremente inspirados, porfiam trabalhando com dedicação notável pela cultura do Direito Romano na veneranda Faculdade de Direito, por onde, há um século, vem atravessando a fina flor dos juristas brasileiros.

Às duas faculdades oficiais, secundadas pelas faculdades equiparadas, cabem, sem favor, as mais justas referências e, na verdade, grande parte dos louros ganhos nas conquistas intelectuais do Brasil, e, no que diz especialmente em relação à formação do Direito brasileiro, as suas conquistas se multiplicaram na vasta e sábia literatura jurídica, cujos volumes enchem as estantes dos estudiosos e as bibliotecas do país e do estrangeiro.

Em Direito Civil, por exemplo, haverá quem não admire, como verdadeiras preciosidades, os dois livros magníficos do Cons.º Lafaiete Rodrigues Pereira – DIREITOS DE FAMÍLIA e DIREITO DAS COISAS –, do Professor Francisco de Paula Lacerda de Almeida – OBRIGAÇÕES, DIREITO DAS COISAS, PESSOAS JURÍDICAS, SUCESSÕES –, do Cons.º Carlos Augusto de Carvalho – DIREITO CIVIL BRASILEIRO RECOPILADO ou NOVA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS –, do Professor Clóvis Bevilaqua – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, DIREITO DAS SUCESSÕES, DIREITO DE FAMÍLIA e TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL, que nos parece um dos melhores livros de Direito em língua portuguesa –, do Professor Eduardo Espínola – SISTEMA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO – e tantos outros?

Todos estes livros, anteriores à promulgação do Código Civil, honrariam a literatura jurídica da mais adiantada e culta nação e bem revelam a decisiva e preponderante influência do Direito Romano na formação do pensamento jurídico dos seus eminentes autores, pois que basta lê-los para verificar neles a orientação e a segurança das idéias dominantes da cultura romana.

No Direito Comercial, a simples indicação do TRATADO DE DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO do eminente advogado José Xavier Carvalho de Mendonça é suficiente para dar a medida exata da cultura desse ramo do Direito entre nós, e no domínio do Direito Penal os trabalhos de Tobias Barreto, de João Vieira, de Esmeraldino Bandeira, de Lima Drummond, de Galdino Sigueira, de Crisólito de Gusmão, e os recentes, de Virgílio de Sá Pereira são índices perfeitos da cultura desse difícil ramo do Direito em nosso país.

De forma que, quando chegou a época da definitiva organização do Código Civil, o Direito, em geral, já havia assumido no Brasil a sua feição característica, que carecia apenas receber os últimos traços fisionômicos pela confecção daquele Código para completar o quadro das grandes conquistas jurídicas nacionais, tanto mais quanto, na frase de Carlos de Carvalho[71], exigia-o, "não o sentimento da dignidade nacional, mas, o sentimento de dignidade da vida".

O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – Com a ascensão à Presidência da República do Dr. Manuel Ferraz de Campos Sales e sendo ministro da Justiça do seu governo o Dr. Epitácio Pessoa, professor da Faculdade de Direito do Recife e vigoroso parlamentar, necessariamente a organização do Código Civil teria de voltar às preocupações do governo da República, organização à qual já o novo Presidente havia dado um grande e decisivo impulso com a promulgação de várias leis, como a do *casamento civil*, e com o contrato celebrado com o Cons. Coelho Rodrigues para formular o projeto do Código Civil, quando ministro da Justiça do Governo Provisório da República.

Conhecendo de perto o sábio professor da Faculdade do Recife Dr. Clóvis Bevilaqua e sabendo que nele tinha a ciência um devotado cultor, cujos trabalhos publicados honravam a literatura jurídica do país, não teve dúvida o Dr. Epitácio Pessoa em indicá-lo ao Presidente da República como o civilista capaz de, com perfeição e brevidade, formular o projeto do tão desejado e reclamado Código Civil.

71 *Nova Consolidação* – introd. – pág. CXVII.

Com efeito, aceito o convite, o insigne jurisconsulto transferiu sua residência para esta Capital e, aqui, com infatigável dedicação, entregou-se ao árduo trabalho, concluindo-o em seis meses (de abril a outubro de 1899), entregando o projeto articulado e pronto a ser submetido à apreciação dos competentes.

Recebido com hostilidade por uns, com aplausos por outros, e com indiferença pela maioria dos letrados, o projeto de Clóvis Bevilaqua teve logo de início a desaprovação de Rui Barbosa, que era de opinião que a tarefa não devera caber a outrem senão ao preclaro Cons. Lafaiete Rodrigues Pereira, o príncipe dos civilistas pátrios. Censurando a pressa com que Clóvis se havia desobrigado da missão, Rui encontrava claramente nela a razão por que a obra produzida era "*torta, indigenista, aleijada*", acrescentando que ao autor do projeto faltava "*um requisito primário, essencial, soberano para tais obras: a ciência da sua língua, a vernaculidade, a casta correção do escrever*"[72].

Não obstante, porém, a grande autoridade do opositor, o Governo prosseguiu no trabalho, nomeando uma comissão de juristas de renome para proceder a revisão do projeto e, revisto, ser apresentado ao poder legislativo[73]. A comissão, dentro de oito meses (de março a novembro de 1900), entregou-se, com verdadeira dedicação e patriotismo, ao estudo e correção do projeto e operando nele várias modificações, chegando mesmo algumas à essência do sistema do autor, o Governo entregou o projeto revisto ao Poder Legislativo, acompanhado de todos os

---

72 Clóvis Bevilaqua – Cód. Civil Com. – vol. I, *Preliminares* – págs. 21 e 22.

73 A comissão compunha-se dos seguintes membros: Dr. Olegário Herculano de Aquino e Castro, presidente do Supremo Tribunal Federal, Dr. Joaquim da Costa Barradas, antigo magistrado na Província do Maranhão e ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Dr. Anfilófio Botelho Freire de Carvalho, antigo magistrado na Província da Bahia e ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida, professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro e advogado de grande reputação, Dr. João Evangelista Saião de Bulhões Carvalho, professor de Direito Romano da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais desta cidade e presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros. Presidia a Comissão o próprio Ministro da Justiça Dr. Epitácio Pessoa, cuja nomeada de jurista e primoroso orador era já um fato sabido dentro e fora do país.

trabalhos de crítica que lhe foram feitas pelos mestres e interessados no assunto[74]. Entre estes trabalhos cumpre salientar os do Cons.º Coelho Rodrigues e do professor Nina Rodrigues, sendo que este último, embora restrito ao tema – *O alienado no Direito Civil Brasileiro* – representa um belo estudo da matéria, que o sábio médico maranhense, professor de Medicina Legal da Faculdade de Medicina da Bahia, desenvolveu e completou, em certos pontos, com a elaboração dos – *Apontamentos médico-legais ao Projeto do Código Civil Brasileiro* –, publicados na revista – *O Direito*[75].

A discussão do projeto no Parlamento Nacional obedeceu a um processo especial, com um regimento próprio, em que foram assegurados todos os meios de colaboração dos especialistas, de forma a permitir que fosse ouvida a voz de Andrade Figueira, o venerando jurista que representava as tradições do velho Direito Civil pátrio e opunha às conquistas liberais do projeto as resistências do passado e do espírito monárquico, que ele encarnava no país, de que era o pregoeiro.

A comissão especial nomeada pela Câmara dos Deputados compunha-se de 21 membros, representando cada um o seu Estado, ocupando a presidência do Dr. José Joaquim Seabra, deputado pela Bahia, sendo secretário o Dr. Francisco Tolentino, deputado por Santa Catarina, e relator geral o Dr. Sílvio Romero, deputado por Sergipe.

Trabalhos de grande mérito foram produzidos não só na Câmara dos Deputados, como, depois, no Senado, a começar pelo PARE-

---

74 O projeto de Clóvis Bevilaqua continha uma lei de introdução com 42 artigos, dos quais 14 relativos a disposições gerais, e os restantes – 28 – ao *Direito Internacional Privado*. O texto propriamente do projeto continha 1973 artigos. Clóvis escreveu um belo trabalho como – "Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro" – e Epitácio Pessoa, ao entregar o projeto revisto pela Comissão de jurisconsultos ao Presidente da República, fê-lo com uma sintética, porém, brilhante exposição de motivos – justificando e enaltecendo o trabalho. O projeto revisto continha 2203 artigos no texto e 41 no *título preliminar*.

75 *Trabalhos da Comissão do Código Civil* – vol. II, págs. 299 e seguintes; *O Direito* – vol. 88, págs. 5 e seguintes.

CER DE RUI BARBOSA, escrito em três dias, com 561 páginas, trabalho a que o próprio autor deu nome de "*mão-de-obra literária do projeto*"[76].

Vários incidentes verificaram-se no curso da discussão, quer na Câmara dos Deputados, quer no Senado, sempre impedindo a conclusão do trabalho, de forma que o retardamento sugeriu a João Luís Alves a apresentação de um projeto de lei mandando adotar como Código Civil o projeto que dera entrada no Senado, aprovado pela Câmara dos Deputados, a fim de vigorar até que o assunto fosse deliberado definitivamente[77].

Este projeto teve a virtude de despertar a quietude no Senado, que voltou à discussão do assunto, submetendo novamente o projeto à Câmara e, afinal, sendo aprovado por esta, com a presença de 120 deputados, foi sancionado no dia 1º de janeiro de 1916 pelo Presidente da República Dr. Venceslau Brás Pereira dos Santos, para entrar em execução no dia 1º

---

76 Este *parecer* é a prova mais evidente do imenso valor intelectual do genial brasileiro, cuja vida foi uma fonte perene de lições de civismo e de elevação do conceito do nosso país no mundo das idéias. O próprio autor do projeto do Código, referindo-se a este trabalho de Rui, assim se manifesta textualmente:
"O que é esse *Parecer* sabem-no todos, pois, não só os juristas se interessam por ele, senão também os literatos e, ainda, os que apenas sabiam ler. Foi uma obra que causou profunda impressão no país. Ao fazer-lhe uns tímidos reparos, dizia eu: – O choque violento dessa mole ingente de saber profundo e rude crítica filosófica, que, das mãos ciclopédicas do Senador Rui Barbosa, acaba de ruir, fragorosamente, sobre o *Projeto do Código Civil*, deixou-me aturdido. E esse foi o estado de espírito do grande número: o assombro admirativo." – *Cód. Civil Com. Preliminares* – n.º 39 – pág. 43.
Na realidade, esse trabalho de Rui Barbosa, embora injusto em vários pontos, é uma lição formidável de gramática e a revelação estupenda de um fecundíssimo filólogo. Mas, é verdade também que ao encontro do preclaro patrício saíram alguns conhecedores da nossa língua e opuseram-lhe contraditas, tais como o professor Carneiro Ribeiro, Artur Orlando, Oliveira Fonseca e outros, contraditas que demonstraram, por sua vez, como se cultiva entre nós a língua que herdamos da metrópole. Este dissídio teve a vantagem de, chamando para o caso a atenção dos legisladores, dar ao monumento uma expressão verbal mais correta e evitar que as emendas imperfeitas subsistissem a linguagem já aperfeiçoada, sem, contudo, consegui-lo inteiramente.

77 Clóvis Bevilaqua alude e comenta todos esses incidentes – Cit. *Cód. Civil Com.* – vol. I, Prelim. – n.º 44 a 59.

de janeiro de 1917 (art. 1.805), como sendo a lei n.° 3.071, de 1° de janeiro de 1916[78].

O Código, reconhecendo que a sistematização das matérias de suas disposições dá à lei um certo espírito de ordem, que a justifica, não se deixou guiar pelo arbítrio ou pela observância cega dos exemplos que lhe serviram de inspiração.

Procurou, na debatida questão da classificação das matérias do Direito Civil ver ao lado relativo às *causas generadoras*, ou doutrina de Leibnitz, ao *objeto das disposições* e ao *sujeito das relações jurídicas* e distribuiu toda a matéria, primeiramente em duas Partes – uma, Geral, outra, Especial.

Na parte Geral abre o texto legal com uma *disposição preliminar* relativa a toda a matéria que o Código regula – *direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações* –, passando, depois, às *pessoas* (naturais e jurídicas, de Direito Público e de Direito Privado, dedicando especialmente algumas disposições sobre fundações), ao *Domicílio, aos Bens, aos Fatos, Atos Jurídicos* e seus defeitos, modalidades, forma, prova e nulidades, aos *Atos Ilícitos*, terminando esta *Parte* com as regras sobre *Prescrição.*

Na Parte Especial desdobra as suas disposições em *quatro livros*, destinando o I ao *Direito de Família*, o II ao *Direito das Coisas*, o III ao *Direito das Obrigações* e, finalmente, o IV ao *Direito das Sucessões.*

Mas, como as lacunas da legislação pátria e a disparidade de doutrinas em certos princípios de Direito Público e de Direito Internacional Privado podiam prejudicar o conceito que o legislador civil formava da *obrigatoriedade, aplicação e revogação* das leis nacionais, da *aplicação* das leis estrangeiras e do *valor dos atos jurídicos* emanados de autoridades estrangeiras, como *prova* nos processos perante as autoridades brasileiras, foram formulados 21 artigos de lei regulando tais matérias e, à semelhança

78 As incorreções que se notaram na sua publicação e começo de execução foram removidas pela lei n.° 3.725, de 15 de janeiro de 1919, de forma que a edição de 5.000 exemplares, mandada fazer por essa lei e determinada pelo Ministro da Justiça Dr. Urbano Santos da Costa Araújo, já trouxe os ditos exemplares com as correções ordenadas.

do que fizeram os organizadores do Código Civil Alemão, colocados como *introdução*, antes do texto do Código.

O Código Civil Brasileiro não seguiu uma classificação sistemática de matérias. Vejamos.

Na Parte Geral, adotou, quanto possível, a concepção de Teixeira de Freitas, relativa ao Código Geral, isto é, formulou conceitos das causas jurídicas (pessoas, bens e fatos) e dos efeitos jurídicos (prescrição) e na Parte Especial seguiu a classificação alemã, deslocando, porém, os Direitos de Família para constituírem a primeira parte da Parte Especial[79].

Não nos parece que o legislador pátrio tivesse andado bem avisado na seqüência lógica que deu às matérias da *Parte Especial.* Melhor seria colocar os *Direitos de Família* em último lugar, como remate necessário às outras três categorias.

Mas, bom é advertir que, neste assunto, dificílimo será encontrar harmonia de vistas entre os opinantes e isto talvez para que os juristas se voltem para a *tripartição de Gaius* e atendam especialmente à sua simplicidade e à sua lógica.

O *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil,* – tal é a sua denominação oficial –, veio preencher uma grande lacuna na legislação pátria e satisfazer uma necessidade social, cuja remoção era reclamada desde que a independência política do Brasil abriu novos horizontes para a vida nacional. É cedo, talvez, para dizer sobre o valor desse trabalho, porque leis desta natureza valem mais pela sua eficiência, do que pelo arranjo da sua

---

79 Como é sabido a classificação alemã é a seguinte:

Parte Geral

1 – Pessoas,

2 – Cousas,

3 – Atos jurídicos.

Parte Especial

1 – Direito das Cousas,

2 – Direito das Obrigações,

3 – Direito de Família,

4 – Direito de Sucessão.

formação, e são decorridos apenas 14 anos que o Código entrou em vigor, tempo exíguo para avaliar todos os seus benefícios e defeitos.

Seja, porém, como for, o simples fato de pôr termo à anarquia existente na nossa legislação civil, dando aos institutos de Direito uma significação ao alcance mesmo dos iletrados, é de acentuada relevância, máxime quando aquela anarquia não atingia somente aos não familiarizados com as questões jurídicas, mas, também, aos próprios juristas, aos técnicos da ciência do Direito Civil.

Embora as *Consolidações das Leis Civis* de Teixeira de Freitas e de Carlos de Carvalho tivessem melhorado consideravelmente a situação, concentrando e coordenando o Direito vigente, todavia, estes monumentos do saber não tinham o rigor da lei, eram livros de doutrina, não obstante ter sido o trabalho de Teixeira de Freitas organizado oficialmente, mas, sem autoridade legislativa, e o de Carlos de Carvalho traduzir, com acentuada e exata proporção, o estado do Direito Civil em suas relações com certos institutos de Direito Comercial ao tempo da publicação do seu trabalho, que alcançou até a data de 11 de agosto de 1899.

A tentativa de Inglês de Sousa para levar a efeito a fusão, em um Código, do Direito Civil e Comercial, não produziu a menor impressão no espírito dos juristas pátrios, ao contrário, foi uma das causas eficientes do Senado da República despertar da quietude em que se mantivera no curso dos trabalhos do Código Civil e acelerar a discussão do projeto.

Assim, desde que já se não cogitava de dar corpo, ao menos em parte, à idéia de Teixeira de Freitas, o que, a nosso ver, seria a solução mais adequada a uma verdadeira codificação do Direito interno, o Código Civil surgiu em momento oportuno e a oportunidade no aparecimento da lei é o seu melhor predicado. Portanto, relativamente ao tempo desse aparecimento, o Código Civil, já esperado havia tantos anos, chegou perfeitamente bem e, realizando uma velha aspiração nacional, só merecia a simpatia dos juristas.

Mas, não foi somente pela oportunidade do seu aparecimento que o Código Civil agradou a opinião pública em geral; foi também por ter mantido nas linhas gerais do Direito clássico do Brasil, com os aperfeiçoamentos da evolução operada pela nossa própria civilização, os princípios tradicionais e básicos da organização da *família* e da *propriedade*, que são os alicerces da sociedade.

Os aperfeiçoamentos foram assinalados por Sílvio Romero em 49 proposições[80], tocando em quase todos os departamentos do Direito Civil e habilitando o preclaro filósofo patrício a dizer que, em síntese, o Código Civil "acha-se à altura do estado atual da ciência, resolve um velho anelo do povo brasileiro, respeita-lhe fundamentalmente as tradições no que elas têm de mais profundo e delicado, em pontos vários dá satisfação a nobres e alevantadas aspirações liberais da nação, e está, pois, em condições de ser adotado".

Não é um trabalho sem defeitos, ao contrário, os tem em muito maior número do que poderia conter, tal a cultura jurídica e a ânsia de progresso que caracterizam a sociedade brasileira; mas, representa, como disse Clóvis[81], o fruto de um esforço honesto e merece a nossa afeição, porque reflete a nossa individualidade étnico-política".

Esses defeitos, que a prática da lei tem indicado aos legisladores, podem ser facilmente sanados e sê-lo-ão, em breve, com a remodelação da legislação nacional, que a nova República vem pondo em prática sem os embaraços das tardias legislaturas de assembléias políticas. Entretanto, cumpre salientar que os defeitos principais do Código Civil não estão, por assim dizer, no que ele *contém*, mas, sim, no que *não contém*: é uma lei lacunosa, em que a brevidade no dispor sobre certos institutos jurídicos impõe ao intérprete procurar outras fontes ou dar elasticidade tal ao conceito legal que a função de interpretar se transforma, como a do Pretor romano, em função legislativa.

Vejamos esta situação em face do próprio Código.

O ARTIGO 1.807 DO CÓDIGO CIVIL – O Código Civil dispõe no seu art. 1.807, que:

> "Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código."

---

80 Cit. *Trab. da Com.* – vol. VIII, págs. 37 a 41.

81 Cit. *Lin. e Perfis Jurídicos* – pág. 180.

Abandonando a fórmula já consagrada na nossa legislação – *ficam revogadas as disposições em contrário* –, fórmula completa e precisa na sua correta simplicidade lógica, quis o legislador imitar a lei francesa de 31 de março de 1804 (30 *ventoso*, ano XII), que foi a última das 36 que promulgaram o Código Napoleão[82], sem perceber, entretanto, que a esponja, com que quis apagar os vestígios da nossa cultura jurídica, não alcançou todo o quadro, de forma a deixar em vigor ou, pelo menos, deixar a dúvida sobre a revogação de algumas das formas legislativas não compreendidas naquela enumeração taxativa.

Antes da promulgação do Código, o nosso Direito Civil era formado por dupla categoria de fontes, umas de caráter obrigatório, outras de caráter subsidiário.

A Lei de 20 de outubro de 1823 e a Constituição da República levaram Carlos de Carvalho a fazer, na "Nova Consolidação[83], a enumeração e distinção das fontes do Direito Civil pátrio, pela forma seguinte:

"São fontes do Direito Civil:

I – "de caráter obrigatório na parte em que não tiverem sido explícita ou implicitamente revogados nos termos do artigo antecedente ou por leis posteriores[84]:

a) "as Ordenações Filipinas de 11 de janeiro de 1603, confirmadas em 29 de janeiro de 1643;

82 O último artigo dessa lei dispunha: *"A contar da promulgação do Código, as leis romanas, as ordenações, os costumes, as leis gerais ou locais, os estatutos, os regulamentos cessarão de ter força de lei em relação às matérias que fazem objeto do Código"*. – Vide Cândido de Oliveira – *Legislação Comparada* – pág. 450.

83 Art. 5.

84 O artigo remetido está redigido nestes termos: *"Vigorarão as leis do extinto Império no que explícita ou implicitamente não é contrário ao sistema republicano e aos princípios consagrados na Constituição de 24 de fevereiro de 1891"*. E o art. 83 da citada Constituição dispõe: *"Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explícita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados"*.

b) "as leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal e pelos quais o Brasil se governara até 25 de abril de 1821;

c) "os assentos tomados na Casa da Suplicação de Lisboa até a época da independência do Brasil, não obstante a criação da do Rio de Janeiro e sem prejuízo dos casos julgados contra eles de 1808 a 23 de outubro de 1875;

d) "todos os atos promulgados desde 25 de abril de 1821 por D. Pedro de Alcântara como regente e como imperador constitucional;

e) "as leis, resoluções, decretos, regulamentos, instruções, tratados, ajustes e acordos internacionais do Império do Brasil em vigor no dia 15 de novembro de 1889;

f) "os atos, sob a forma de decreto do governo provisório da República, desde 15 de novembro de 1889 até 23 de fevereiro de 1891;

g) "a Constituição da República, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, e as leis, resoluções, decretos, regulamentos e instruções federais publicados desde essa data;

h) "o direito romano justiniano, imperial ou comum, quando por expressa disposição de lei deva ser aplicado;

i) "o direito consuetudinário ou costume não contrário a lei expressa, conforme a boa razão e que exceda de 100 anos;

II – "de caráter subsidiário:

a) "o direito romano justiniano, conforme a boa razão ou direito natural, apurado pelo uso que fazem dele as nações civilizadas e pela lição dos jurisconsultos;

b) "os Estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América, os casos de *common law* e *equity* com relação à jurisprudência e processo federais."

Em face do art. 1.807 do Código Civil, acima transcrito, poder-se-á afirmar que estão revogados *os regulamentos, instruções, tratados, ajustes e acordos internacionais concernentes às matérias de Direito Civil reguladas no Código?*

Em face desse dispositivo, poder-se-á afirmar que o Direito Romano Justiniano, imperial ou comum, foi proscrito, até mesmo como fonte subsidiária, e relegado da interpretação dos dispositivos desse Código, cujo defeito fundamental consiste exatamente nas lacunas que se lhe notam?

É esse Código mesmo que, no art. 4º da Introdução, estatue textualmente:

> "A lei só se revoga, ou derroga por outra lei; mas, a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a explícita ou implicitamente".

A palavra *lei*, empregada neste dispositivo, não deve ser tomada no sentido *restrito* de ato emanado do Poder Legislativo com tal denominação, mas, sim, no sentido *genérico* de ato de qualquer dos Poderes do Estado que contenha disposição ou regra de Direito Civil. A não ser assim, chegaríamos ao absurdo de que somente a *lei* é suscetível de revogação, ou, coisa pior ainda, de que a *lei* não pode revogar *decretos, resoluções, regulamentos, instruções*, etc.

É uma verdade, que se não pode contestar, que o Código se ocupa de *todas as matérias* do Direito Civil. Seja qual for a classificação que se adote sobre as matérias do Direito Civil, o objeto será sempre o mesmo: *pessoas, coisas, fatos* e *atos jurídicos,* desdobrando-se cada uma destas classes em vários institutos, como *a família, a propriedade, a posse, o crédito, a sucessão hereditária, a prescrição*, etc.

O Código Civil regulou, na Parte Geral, o que diz respeito às *pessoas, bens e fatos jurídicos*, e, na Parte Especial, desdobrando os princípios gerais estabelecidos, regulou as relações de *família, de coisas, de obrigações e sucessões.* O quadro das matérias está completo: *todas as matérias de Direito Civil foram reguladas no Código.*

Entretanto, é também uma verdade incontestável que a regulamentação de tais matérias foi feita tão lucunosamente que o intérprete, ou o que tem de aplicar os seus dispositivos, não pode escapar àquela situação em que ficava Tobias Barreto diante de muitas disposições do Código Criminal do Império, que produziam-lhe uma impressão de *epigrafia milenar,*

com falta de letras e palavras, que só ao esforço e paciência dos epigrafistas é dado restabelecer[85].

Para o Código Civil não há outra fonte de caráter subsidiário senão "*os princípios gerais de direito*" e, em determinados casos, os *usos e costumes*, que manda observar em vários artigos[86] e que, depois, revoga, sem restrição alguma, no art. 1.807.

O recurso oferecido pelo art. 7º da Lei de Introdução, em virtude do qual "*aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos*", é, logicamente, ineficaz; é uma impossibilidade manifesta, porque *os casos análogos a casos omissos só podem ser outros casos omissos*[87].

E que vêm a ser "*os princípios gerais de direito*", mandados observar *nos casos análogos a casos omissos*? Serão os que foram compendiados nas *Pandectas* de Justiniano (L. 50, T. 17 – *De diversis regulis juris antiqui*)?

Serão os assentados pela Escola Idealista, pela Escola Histórica, pela Escola Positiva?

Temos de obedecer a Kant, Fichte, Hegel ou Schelling?

Ou, deixando os idealistas, temos de recorrer a Savigny, Niebhur e aos demais adeptos da Escola Histórica?

Ou, finalmente, abandonando uns e outros, temos de procurar em Hobbes, Augusto Comte, Herbert Spencer, o critério para bem compreender aqueles princípios?

---

85 *Estudos de Direito – Do Mandato Criminal* – página 223.

86 Vejam-se, entre outros, os arts. 588, § 2º, 1.192, II, 1.210, 1.218, 1.219, etc.

87 O legislador brasileiro quis, talvez, imitar o legislador italiano, quando melhor seria copiar integralmente. O art. 3º, 2ª parte das Disposições Preliminares do Código Civil Italiano exprimiria, com certeza, a sua intenção: "*Qualora una controversia non si possa decidere* COM UNA PRECISA DISPOSIZIONE DI LEGGE, *si avvrá risguardo alle disposizioni chi regolano* CASI SIMILI O MATERIE ANALOGHE; *ove il caso rimanga tuttavia* DUBIO *si dicidirà secondo i principii generali di diritto*". A expressão "non si possa decidere con UNA PRECISA DISPOSIZIONE DI LEGGE" é clara, não presta a ser substituída pela expressão "casos omissos", de que se serviu o legislador pátrio.

Estas interrogações não envolvem questões ociosas. Os chamados "*princípios gerais de direito*" modificam-se, transformam-se de acordo com a Escola que o adota.

Concedamos a palavra a Giuseppe Carle para dar-nos a *gênesis psicológica da Escola idealista e o compêndio dos conceitos fundamentais trazidos por ela à ciência do Direito*[88].

"Ainda quando", diz o notável Professor da Universidade de Turim, "ainda quando a *escola racional* se apresente nas ciências jurídicas sob formas e com graduações diferentes, conserva sempre, não obstante, seu caráter essencial ao considerar o mundo jurídico como expressão de *idéia abstrata do justo*, tal qual a *razão* a compreende e a promulga. Cumpre esta escola na *sociedade*, a meu ver, a função e ofício que no indivíduo cumprem o *raciocínio e a abstração*; pelo que, se é lícito comparar o grande com o pequeno, podemos dizer que em seu desenvolvimento segue na sociedade idêntico processo ao que segue no indivíduo a faculdade de *raciocinar e de abstrair*.

"Tendendo esta Escola, por sua natureza, ao *ideal*, traz para a ciência altíssimos conceitos especulativos que, pelo que às ciências jurídicas se refere, podem compendiar-se na seguinte ordem.

"Existe uma *razão natural absoluta*, imutável, universal, igual para todos os povos e para todos os tempos, independente da realização que possa ter nos fatos. Nesta *razão*, não na *experiência*, nem no *consentimento dos povos*, é em que deve buscar-se o critério geral para distinguir o *justo* do *injusto*. Por conseqüência, também a *ciência do Direito*, como qualquer outra, deve ser um conjunto de conhecimentos derivados todos de um princípio categórico supremo e todas as gravíssimas questões que se apresentam no domínio do direito, como sejam, por exemplo, a da pena de morte, a do divórcio, a do melhor governo e outras semelhantes, todas devem discutir-se e definir-se tomando por base aqueles *princípios de razão* sobre os quais deve edificar-se a ciência do Direito.

"Tampouco os direitos do homem podem ser uma criação do *consentimento dos povos*, nem da *lei*, mas, sim, que lhes são atribuídos dire-

---

88 *La Vida del Derecho* – ed. de Florez Llamas – (1912) – ns. 177 e seguintes.

tamente pela *razão* e se derivam, por assim dizer, da *natureza racional* do homem; de modo que a *lei* não pode ter outra missão senão reconhecê-los e garanti-los. Estes *direitos naturais* do homem são, por sua vez, *imprescritíveis* e *inalienáveis*, porque deles se não pode despojar sem deixar de ser homem. Ainda mais; estes direitos se reduzem, todos eles, a um só, que é fonte e fundamento comum dos demais, ao diretor da *liberdade* de cada um, enquanto pode esta coexistir com a *liberdade* dos demais."

Os princípios gerais de direito, que assentarem ou decorrerem destas idéias fundamentais, não podem encontrar apoio nas idéias fundamentais da Escola Histórica, cujo caráter está exatamente em considerar o Direito como um *fato histórico*, isto é, *aproximar* e *separar*, deduzindo o *presente* do *passado*.

"O *direito*", diz o notável Mestre que nos vem guiando, "o *direito* para a Escola Histórica não é uma *idéia abstrata*, que emane da *razão* e deva ser exclusivamente elaborada por ela, mas sim, a expressão da *consciência jurídica de um povo determinado*, que se desenvolve e se aperfeiçoa ao desenvolver-se e aperfeiçoar-se o povo mesmo. A *consciência jurídica* de um povo começa a manifestar-se nos *costumes*, que são como a expressão espontânea de seu instinto jurídico; encontra logo um órgão mais adiantado na *interpretação dos jurisconsultos*, os quais, de certo modo, concentram em si mesmos a *consciência jurídica* de um povo, dando a esta uma forma mais definitiva e precisa, concretizando-se, finalmente, por um poder especial chamado poder legislativo, porque cabe-lhe recolher, em preceitos mais definitivos e determinados, o direito que se vai elaborando na consciência do povo e na interpretação dos jurisconsultos. Vem a ser o direito, portanto, um produto espontâneo do *progresso social*; se manifesta e vive no seio da sociedade, do mesmo modo que *a língua e os costumes*, e mal poderia chegar a ser compreendida qualquer instituição jurídica sem levar em conta a preparação histórica que haja experimentado no *passado* e o desenvolvimento ulterior que possa alcançar no *futuro*."

Serão de tal categoria e obedecendo à direção assim assinalada os princípios gerais de direito que o Código Civil manda observar na falta de *disposições concernentes aos casos análogos a casos omissos*?

Finalmente, a Escola Positiva, ao contrário das precedentes, *observa* os fenômenos que ocorreram, tanto no mundo exterior como em sua

vida interna, e só admite o *observado* e *experimentado*. Para ela, o direito é um *produto natural da evolução* de um povo; nada tem que ver com a *consciência social*, nem pode ser representado ou compreendido como uma *noção abstrata*.

Claro é, portanto, que os tais princípios gerais de direito, devem variar, como variaram as idéias fundamentais das Escolas que os estabelecem, e esta variedade os leva, quase sempre, a uma verdadeira colisão. Qual o critério para aceitar os de uma Escola e rejeitar os de outra?

"*Ninguém se excusa, alegando ignorar a lei*", diz o art. 6º da Lei de Introdução e acrescenta: "*nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar, ou despachar*". Imperará o arbítrio.

Melhor fora, então, não fazer esse Código, porque, visando ele exatamente coartar o arbítrio dos juízes na aplicação da lei e assegurar, de forma precisa, os direitos dos cidadãos, fomentou aquele e desamparou estes. Melhor fora, sem dúvida, diante destes duas situações, continuar sob o regime da velha e sábia legislação pátria, porque, com ela, ao menos, nas suas falhas e defeitos, tínhamos recursos seguros e certos para obviar tais falhas e defeitos, invocando as fontes subsidiárias, expressamente estabelecidas.

Ou se considere o Direito "*una utilitá per eterna misura eguale*", como entendia Vico, ou "*ars boni et aequi*", como dizia Celsus, o que se não pode contestar é que ele encerra um conceito intermediário entre o *útil* e o honesto, cumprindo todavia, acentuar que nem sempre a *utilidade* o torna *honesto* ou a *honestidade* fá-lo *útil*[89].

Se o Código foi feito para "*regular os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações*", como expressamente declara o seu art. 1º, e muitas destas relações ficaram em completo esquecimento na respectiva regulamentação e sem o recurso de serem invocadas fontes subsidiárias, a utilidade que deveria decorrer dos seus dis-

89 Veja-se *La Filosofia del Diritto nel pensiero dei giureconsulti Romani* – pág. 34 e seguintes – do notável Moriani, que discorre, com larga erudição, sobre os conceitos do *bonum utile*, *bonum honestum* e *bonum aequum*, expressões freqüentes na linguagem dos grandes jurisconsultos romanos.

positivos não foi atingida e pior, sem dúvida, ficou a situação que ele tinha por fim remediar.

Não somos dos aferrados à imutabilidade do Direito, mesmo porque estamos convencidos de que "*o tempo modificava os fundamentos do Direito da mesma sorte que muda-lhe as regras. Os princípios devem necessariamente mudar, pois não constituem simples categorias lógicas; são a concentração das regras materiais e as regras mudam com as relações. Crer na imutabilidade dos princípios é acreditar na falta de sentimento crítico para o estudo da história. O Direito, com efeito, não é uma planta, é um fragmento do pensamento e do sentimento humanos, e o coração e a razão do homem devem explicar esses mistérios. Se, pois, os princípios fundamentais do direito não podem revelar-nos nem sua origem, nem sua razão de ser, não têm mais do que um valor casual e não são outra cousa, a nossos olhos, senão produtos arbitrários de sucessos da história, que importa desembaraçar-nos, quanto antes, da sua tirania*"[90].

Entretanto, se assim pensamos, com o mais fecundo dos juristas e filósofos do século passado, nem por isso recusamos a esses sucessos da História o valor que realmente têm para a atualidade. O Direito Romano, digam o que quiserem os seus detratores, não perdeu, nem perderá tão cedo, o seu império e só o despreza quem o não conhece ou tem dele um conhecimento superficial. O mesmo ocorre com o velho Direito Civil Português, haurido no Romano, Germânico e Semítico, "sob a influência, em regra salutar, do Direito Canônico, cujos resíduos não será fácil eliminar"[91].

Se o legislador pátrio pretendeu excluir um e outro das decisões dos nossos tribunais, em matéria civil, a prática de poucos meses demonstrou, à saciedade, o erro dessa exclusão em face das lacunas do Código.

Com efeito, logo após o início da execução do Código, João Mendes, o grande mestre, proferia, como ministro do Supremo Tribunal Federal, na decisão de um recurso extraordinário, o seguinte voto, que vale

---

90 R. Von Jhering – *Esp. do Dir. Rom.* – vol. 4º, (trad. de Satorres), págs. 340 e seguintes.

91 Carlos de Carvalho – Cit. *Nova Consol.* – introd. Págs. 99 e 100.

como a mais completa defesa da autoridade do Direito Romano no corpo da legislação pátria:

"A Ordenação, L. III, T. 64 determinava que nos casos omissos das leis pátrias os juízes julgassem pelos Sagrados Cânones sendo matéria que traga pecado, e pelo Direito Romano sendo matéria que não traga pecado; e se caso não fosse regido nem pelas leis pátrias, nem pelo Direito Canônico, nem pelo Direito Romano, os juízes então deveriam guardar as glosas de Acúrsio e Bártolo. A lei de 5 de setembro de 1768, determinando que se não pudessem conceder *revistas* senão nos dois precisos casos de *nulidade manifesta* e injustiça notória, tais como se acham definidos na Ord. L. III, T. 75, entre os quais o de terem sido as sentenças proferidas contra *direito expresso* –, declarou que o *direito expresso* "deve ser o Direito Pátrio e não as Leis Imperiais ou do Direito Civil."

Depois, veio a lei de 18 de agosto de 1769, chamada Lei da Boa Razão, fazer subsidiárias as leis das nações civilizadas e definir a *boa razão*, em que se deve, fundar as Leis Romanas.

Posteriormente, vieram os Estatutos da Universidade de Coimbra, lei de 1772, declarar no Liv. II, tit. V, capítulo II, n. 19, que o Direito Romano nos casos omissos, uma vez que tenha as qualificações da Lei de 18 de agosto de 1769, "não só pode, mas deve ter lugar como *lei e norma fixa e constante* para a decisão de causas e para que não fique a Justiça dependente do arbítrio dos juízes, não por autoridade alguma própria das leis romanas, mas sim pelo Supremo e Soberano Poder dos Senhores Reis Meus Predecessores, que autorizaram, deram vigor e mandaram observá-las nos casos omissos".

Estas leis posteriores à Lei de 5 de setembro de 1768 são derrogatórias, pois dela se deduz claramente, diz Lobão, que "é o mesmo proferir-se uma sentença contra uma Lei Pátria, que contra uma Romana em geral autorizada pela Pátria". Já assim, atesta Lobão, Segundas Linhas II, cap. 28, Sic. III, art. III, decisão I, procedia o Tribunal do Desembargo do Paço concedendo revistas quando, nos casos omissos nas Leis Pátrias, as sentenças eram proferidas contra as Leis Romanas.

Ora, o art. 59, § 1º, da Constituição da República, usando da locução *lei federal*, não faz distinção alguma nem restrição de qualquer espécie. Se o Direito Romano nos casos omissos, era uma lei nacional, conti-

nuou a ser lei federal, nos termos do art. 82 da Constituição da República. Aliás o recurso do art. 59, § 1º da Constituição não tem analogia com o recurso de revista (Ord. L. III, art. 95, § 10), e sim com o recurso de agravo ordinário ou suplicação (Ord. L. III, tit.)[92].

Nesta rápida e precisa recapitulação dos dispositivos legais que deram ao Direito Romano o caráter de *lei nacional*, evidenciou o preclaro mestre que continua esse monumento da sabedoria de tantos séculos a ser *lei* para nós e *lei federal* no sentido em que a Constituição Federal emprega tal expressão.

Assim, se o art. 1.807 do Código Civil só revogou o que taxativamente incluiu em sua disposição, na qual se não encontra o Direito Romano, uma lógica rigorosa impõe a conclusão de que o Direito Romano é ainda *lei federal* nos casos omissos da legislação civil pátria.

E nem pode deixar de ser assim, porque, como muito bem diz o sábio autor do Código Civil pátrio – "o direito civil brasileiro é o direito privado romano, que sofreu uma primeira modificação em Portugal, sob o influxo de outro meio, de outras necessidades, da assimilação de institutos germânicos e canônicos, e, novamente, recebeu enxertias no Brasil, que foi pedir conselhos e inspirações a outros guias"[93].

O conhecimento do Direito Romano, portanto, impõe-se a todo e qualquer cultor do Direito Civil Pátrio, não só nas suas simples noções comuns ao Direito cientificamente considerado, mas, também no seu desenvolvimento histórico, revelador da evolução dos institutos jurídicos através dos monumentos da codificação justiniana.

Várias vezes se tem tentado excluí-lo dos cursos superiores pela razão de não mais corresponder às necessidades práticas, ou de não poder ser ensinado senão em larga escala, com prejuízo, talvez, do ensino do próprio Direito Civil Pátrio; mas, nenhuma destas razões tem prevalecido e, se algumas vezes, como aconteceu em Coimbra e na organização dos nossos primeiros cursos jurídicos, criados pela lei de 11 de agosto de 1827, suprimiram a sua *cátedra*, dentro de pouco tempo reconheceram o erro e

---

92 *Parte Judiciária* – do *Jornal do Comércio* – Justiça Federal – S. T. Federal.

93 Clóvis Beviláqua – Cit. *Linhas e Perfis* – pág. 51.

restabeleceram-na, porque, na realidade, isso seria um verdadeiro atentado à cultura de Portugal e do Brasil.

CONCLUSÃO

Eis, aí, em largos traços a *História Externa do Direito Romano*, procurada nas mais seguras fontes de tradição e nos próprios aparelhos de seu resistente organismo.

Com os elementos de que dispúnhamos procuramos dar-lhe uma feição rigorosa da verdade e, para isto, tivemos necessidade de buscar lições em grande número de livros da vasta literatura jurídica dos mestres alemães, franceses, italianos, espanhóis e brasileiros, entre os quais merecem especial menção Krüger, Jhering, Savigny, Mommsen, Cuq, Ortolan, Rodier, Ferrini, Ricobono, Serafini, Pou y Ordinas, Juan Sala e os nossos Cândido de Oliveira, Clóvis Bevilaqua, Martins Júnior, Lacerda de Almeida e tantos outros.

Não obedecemos, com isto, a outro intuito senão comprovar, com autoridades respeitáveis, as nossas afirmações, quase sempre acompanhadas dos próprios textos dos autores citados.

Assim, conhecido o grandioso edifício do Direito Romano no seu aspecto exterior, ou seja, na sua *História Externa*, podemos penetrar no suntuoso edifício e procurar conhecê-lo nas suas disposições, no arranjo dos seus compartimentos, ou seja, a sua *História Interna*.

São enormes, sem dúvida, as dificuldades e tropeços que teremos de vencer para completar o nosso tratado com o estudo do SUJEITO E OBJETO DO DIREITO e das INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, que fazem parte dos volumes que se seguem; mas, Deus há de ajudar-nos a concluir a penosa tarefa.

. . . .

Bibliografia de Abelardo Lobo

BIBLIOGRAFIA de Abelardo Lobo – *Kant e o Direito*, palestra realizada na Escola Politécnica no bicentenário de Immanuel Kant, em 22 de abril de 1924; *O Direito Romano e seu Desenvolvimento na era cristã*, conferência realizada no Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, em 12 de agosto de 1913; *Psicologia do Direito Romano – A sístole e a diástole*, conferência realizada na Biblioteca Nacional, em 13 de julho de 1915; *Os grandes jurisconsultos romanos segundo a lei das citações,* conferência no 50° aniversário da formatura em Direito do Conselheiro Cândido de Oliveira, 1915; *Tobias Barreto, professor de Direito*, conferência, 18 de setembro de 1923; *Escolas e controvérsias no Direito Romano*, publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, volume XIV de 1918, *1º Centenário da Universidade de Buenos Aires*, discurso proferido na Faculdade de Direito de Buenos Aires em 16 de agosto de 1921; *Psicologia Jurídica dos Romanos – Cícero, Savigny e Ihering*, conferência realizada no *Centro de Estudantes de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires*, em 16 de agosto de 1921; *Discurso proferido pelo representante de todas as delegações estrangeiras à comemoração do 1º centenário da fundação da Universidade Nacional de Buenos Aires*, no Colégio Nacional de Buenos Aires, em 12 de agosto de 1921; *Fontes primitivas do Direito ibero-americano – Fuero juzgo ó el Libro*

de los Juces, conferência realizada na Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, em 13 de agosto de 1921; *Centenário da fundação da Universidade de Buenos Aires*, discurso pronunciado na recepção dos Delegados da Universidade de Buenos Aires, por ocasião da visita feita à Faculdade de Direito do Rio de Janeiro em setembro de 1922; *Estudos de História do Direito Romano na península ibérica – La ley de las Siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso, el Sabio*, em 20 de outubro de 1921; *Tobias Barreto, jurista, filósofo e poeta*, conferência na Biblioteca Nacional em 3 de agosto de 1921; *O Ensino do Direito no meu tempo*, conferência realizada no Instituto da Ordem dos Advogados, em 15 de agosto de 1926; *A Academia no meu tempo*, reminiscências de um aluno do Recife de 1884 a 1888, em comemoração à passagem do 1° aniversário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil, em 11 de agosto de 1927; *Rudolf von Ihering e sua grande obra*, publicada na *Revista da Faculdade de Direito*, volume XIV, de 1918; O professor José Leon Suárez, conferência na Faculdade Livre de Direito, agosto de 1923; *Centenário do nascimento de Teixeira de Freitas*, discurso proferido junto à sua estátua, em frente do Silogeu Brasileiro, em 19 de agosto de 1916; a *Universidade Católica de Santiago do Chile*, artigo em 11 de agosto de 1925 no *O Jornal*; *III Congresso Científico Pan-Americano de Lima*, Peru, discurso ao receber o grau de – *doutor honoris causa* – pela Universidade Maior de S. Marco, Lima, dezembro de 1924; *Ao Presidente da 7ª seção do Congresso*, Lima, 19 de dezembro de 1924; *Memória apresentada ao Congresso*, Lima, 19 de dezembro de 1924; *A Universidade Maior de São Marco de Lima*, conferência realizada no Instituto da Ordem dos Advogados, em 14 de maio de 1925; *Influência da Faculdade de Direito do Recife na cultura intelectual do Brasil*, conferência realizada no Centro Pernambucano, em 30 de novembro de 1928, na Rev. Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, XXXVI, 170 a 191: *La question Del Pacifico, Tacna e Arica*, artigos publicados na "Gazeta Jurídica" da *Gazeta de Notícias*, de março a maio de 1925; *O Direito Brasileiro vigente na época da Independência*, monografia, em 7 de setembro de 1922; *Congresso de Ensino Superior*, tese no *Jornal do Comércio*, de 31 de julho de 1927; *O Direito Romano nos cursos Jurídicos*, artigo, em 11 de setembro de 1923; *A Reforma judiciária* de 1923 – *Projeto Galdino*, artigo na *A Noite*, de 20 de abril de 1923; *Método de Educação*, artigo na *A época*, de novembro de

1925; *A deserção na Armada ao tempo da descoberta do Brasil*, artigo na *Revista Jurídica Militar*, dezembro de 1928; *Casamento entre tios e sobrinhos*, na *A Tribuna* de 26 de agosto de 1919; *A Regulamentação do artigo 6º da Constituição*, na *A Tribuna*, de fevereiro de 1922; *O Ensino Jurídico*, tese apresentada ao Congresso de Ensino, agosto de 1927; *O Reconhecimento do Dr. Epitácio Pessoa e sua inelegibilidade*, artigo na "Gazeta Jurídica" da *Gazeta de Notícias*, de 2 de junho de 1919; *Nenhuma Lei pode ser vetada parcialmente*, no *O País*, de dezembro de 1921; *A solução da questão romana e a cidade do Vaticano*, de 15 de fevereiro de 1929; *Um caso interessante do direito pátrio*, na *Gazeta de Notícias*, de abril de 1922; *O artigo 1.807 do Código Civil Brasileiro*, artigo de 28 de setembro de 1917; *1º Centenário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil e a evolução do Direito Hereditário no Brasil*, monografia publicada no vol. 1º da *Revista Jurídica*, julho e dezembro de 1933; *Comentários ao Código do Processo Civil e Comercial*, 15 de dezembro de 1925; além de grande quantidade de discursos, pareceres, consultas, relatórios jurídicos, razões finais, recursos, agravos, apelações e outros trabalhos forenses. Deixou várias poesias, ora assinadas com seu próprio nome, ora assinadas com o pseudônimo Pascoal Lenhard. Faleceu à rua Pareto, nº 47, Muda da Tijuca. Casado com D. Alzira Lobo.

Universidade do Rio de Janeiro
FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE DOUTORADO
1ª SEÇÃO
PRIMEIRA CADEIRA

DIREITO ROMANO

Programa

. . . .

1ª PARTE

HISTÓRIA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO ROMANO EM SEUS INSTITUTOS E EM CONFRONTO ÀS LEGISLAÇÕES MODERNAS

I LIÇÃO

História Externa e Interna do Direito Romano: Conceito de Leibnitz; Pomponius e Gaius

SUMÁRIO – TODAS AS CIÊNCIAS PODEM SER ESTUDADAS SOB DOIS ASPECTOS CAPITAIS - *FILOSÓFICO E HISTÓRICO.* FORMAÇÃO ORIGINÁRIA DO DIREITO – AS IDÉIAS DE THIBAUT E SAVIGNY E OS CURSOS DE DIREITO ROMANO. O *PARENTESCO INTERNO* E A *CONEXÃO DE FATOS* COMO RESULTADOS DE UM ATO LIVRE DE DEUS E DA HUMANIDADE, SEGUNDO JHERING. DENOMINAÇÕES PROPOSTAS ÀS CIÊNCIAS QUE ESTUDAM O DIREITO FILOSÓFICO E HISTÓRICO NAS QUATRO FASES DE SEU DESENVOLVIMENTO, LEIBNITZ E A HISTÓRIA DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO EM ROMA; UMA DENOMINADA *HISTÓRIA EXTERNA,* OUTRA, *HISTÓRIA INTERNA.* CONCEITO DE CADA UMA. EXEMPLOS: CRÍTICA À CONCEPÇÃO DE LEIBNITZ E A *HOMOGENEIDADE* E A *SIMULTANEIDADE* DO MOVIMENTO HISTÓRICO, SEGUNDO JHERING. O *ELEMENTO CRONOLÓGICO* PARA EXPLICAR O FENÔMENO JURÍDICO. O DIREITO ROMANO COMO PRODUTO DO TEMPO. O TEXTO DE POMPONIUS, NO *DIGESTO* – L. I, T. II, FR. 2º - CONSTITUI UM CAPÍTULO DE *HISTÓRIA EXTERNA,* COMO TAMBÉM OS SÃO MUITOS DOS LIVROS DE CÍCERO, SUETÔNIO, TITO LÍVIO, GRÂNIO FLACO, DIONÍSIO DE HALICARNASSO, PLUTARCO E OUTROS. PARA BEM COMPREENDER O *OBJETO DA HISTÓRIA INTERNA,* BASTA ATENDER À *TRIPARTIÇÃO DO DIREITO ROMANO* FORMULADO POR GAIUS NAS SUAS INSTITUTAS – *COMENTÁRIO* I.

II LIÇÃO

Fontes do Direito Romano

SUMÁRIO – SIGNIFICADO DA PALAVRA *FONTE* E OS ASPECTOS SEGUNDO SAVIGNY. O DIREITO COMO *FACULTAS AGENDI,* OU NO *SENTIDO SUBJETIVO* E NO *SENTIDO OBJETIVO. FONTES DO DIREITO* E *FONTES DA CIÊNCIA JURÍDICA:* EXEMPLOS. CRÍTICA. DIVISÃO DAS *FONTES: JURÍDICAS* OU *INTERNAS* E *NÃO JURÍDICAS* OU *EXTERNAS, ESPECIAIS* E *GENÉRICAS.* DIREITO *ESCRITO* E *NÃO ESCRITO.* SENTIDO *GRAMATICAL* E *JURÍDICO* DESTAS EXPRESSÕES. OPINIÕES DE MACKELDEY, SAVIGNY, GLÜCK, ACCARIAS, ORTOLAN, DEMANGEAT, WAN WETTER, NAMUR, EUGÉNE, PETIT, GERRARD, BARROS GUIMARÃES, PINTO JÚNIOR, REINALDO POCHAT E NETO CAMPELO. A OPINIÃO VERDADEIRA RESULTA DAS *INSTITUTAS DE JUSTINIANO,* QUANDO ALUDEM AO *DIREITO ATHENTENSE* E *LACEDEMÔNIO.* O DIREITO PÚBLICO DA GRÉCIA, SEGUNDO GEORGES PERROT, FORNECE A *PROVA HISTÓRIA* DESTE ASSERTO. CLASSIFICÇÕES DAS *FONTES*: DIVERGÊNCIAS SOBRE A COLOCAÇÃO EM UM OU EM OUTRO GRUPO. *LEX, PLEBISCITUM* E *SENATUSCONSULTUM,* ORIGENS, FORMAS, CONCEITO E AU-

TORIDADE DE CADA UM. DEFINIÇÕES. O *DIREITO COSUETUDINARIUM*, SUA EVOLUÇÃO E CONTRIBUIÇÕES PARA A FORMAÇÃO DO *DIREITO CIVIL*. REGRAS PARA A AUTORIDADE DOS *USOS* E *COSTUMES*. *REVOGAÇÃO*, OU NÃO, DAS LEIS PELOS *COSTUMES*.

III LIÇÃO

Períodos da formação e desenvolvimento do Direito Romano, com indicações dos grandes monumentos jurídicos e dos mais notáveis Jurisconsultos.

SUMÁRIO - MÉTODOS PARA A EXPOSIÇÃO DA HISTÓRIA *EXTERNA* DO DIREITO ROMANO (*DIDÁTICO, CRONOLÓGICO*, OU *SISTEMÁTICO E SINCRÔNICO* OU PROPRIAMENTE *HISTÓRICO*). DIVISÃO DA HISTÓRIA TOMANDO PARA CRITÉRIO A CODIFICAÇÃO DAS *LEGES* E DO *JUS* PELO IMPERADOR JUSTINIANO. OUTRAS DIVISÕES: EM *ANTIGO, NOVO* E *NOVÍSSIMO*; - EM *ITÁLICO, GREGO, PROVINCIAL* E *CRISTÃO*; - EM *DIREITO CIVIL, DIREITO DAS GENTES* E *DIREITO NATURAL*. DIVISÕES SOB O PONTO DE VISTA DO MÉTODO *SINCRÔNICO*. DIVISÃO DE *GIBBON* E SEUS ADEPTOS; DE *MAREZOLL* E SEUS ADEPTOS, MODIFICAÇÕES DE *HOLTIUS*; DE *ORTOLAN*; DE *D. JUAN SALA*; DE *GUIDO PADELETTI*, ADOTADO POR *TOBIAS BARRETO*. CRÍTICA. A DIVISÃO PREFERÍVEL E O CRITÉRIO EM QUE SE ASSENTA. INDICAÇÃO, DENTRO DE CADA PERÍODO, DAS *LEIS, SENATUCONSULTOS, CONSTITUIÇÕES IMPERIAIS, EDITOS MAGISTRADOS* E OBRAS DOS GRANDES JURISCONSULTOS QUE A MAIOR IMPORTÂNCIA TIVERAM. BREVE NOTÍCIA BIOGRÁFICA SOBRE OS NOTÁVEIS JURISCONSULTOS INDICADOS NA *LEI DAS CITAÇÕES* E DE OUTROS QUE CONCORRERAM PARA A GRANDEZA DO DIREITO ROMANO.

IV LIÇÃO

Escolas e Controvérsias

SUMÁRIO - O DIREITO ROMANO AO TEMPO DO ADVENTO DO IMPÉRIO. *LABEO* E *CAPITO*; AS DUAS ESCOLAS POR ESTES FUNDADAS: A *PROCULIANA* OU *PEGASIANA* E A *SABINIANA* OU *CASSIANA*. CARACTERES DISTINTIVOS DAS DUAS ESCOLAS: CAUSA *POLÍTICA*, CAUSA *FILOSÓFICA* E *DIFERENÇA DE MÉTODOS*. A RAZÃO DAS DIVERGÊNCIAS PROVINHA DA ESSÊNCIA DO PRÓPRIO DIREITO, DA SUA VIDA *ORGÂNICA* E *ESPIRITUAL* DA *PSICOLOGIA CIVIL* E DA *PSICOLOGIA SOCIAL*, DE QUE FALA *GIUSEPPE CARLE*. ATÉ QUANDO SE MANTIVERAM AS DUAS ESCOLAS E QUAIS OS SEUS ADEPTOS MAIS NOTÁVEIS. OS *ERCISCUNDOE* OU *MISCILLIONES*. AS MAIS NOTÁVEIS *CONTROVÉRSIAS* RESOLVIDAS PELAS DUAS ESCOLAS NO DOMÍNIO DO *DIREITO DAS PESSOAS, DAS COUSAS, DAS SUCESSÕES, DAS OBRIGAÇÕES E DAS AÇÕES*.

V LIÇÃO

Codificação e evolução do Direito Romano

SUMÁRIO - PSICOLOGIA DO DIREITO: AS CIÊNCIAS FÍSICAS E NATURAIS E SUA INFLUÊNCIA NOS ESTUDOS JURÍDICOS E SOCIAIS. A TECNOLOGIA DOS NATURALISTAS E SUA APLICAÇÃO À LINGUAGEM DO DIREITO. OPINIÕES DE GIUSEPPE CARLE, STRICKER, JHERING, TOBIAS BARRETO, BENTHAM E VIVEIROS DE CASTRO. A BIOLOGIA E A PSICOLOGIA NO

COMEÇO DO SÉCULO XIX. A VIDA DO DIREITO ROMANO E A SUA RESPIRAÇÃO E CIRCULAÇÃO: A *SÍSTOLE* E A *DIÁSTOLE* JURÍDICA NO GRANDE MONUMENTO, DESDE O *JUS CIVILE PAPIRIANUM* ATÉ ÀS *NOVELLAS DE JUSTINIANO.*

VI LIÇÃO

Jus Civile Papirianum – Lex Duodecim Tabularum

SUMÁRIO – A FUNÇÃO DE ROMA E A REALEZA. O *JUS CIVILE PAPIRIANUN* E SEUS ELEMENTOS COMPONENTES. O *FAS* E O *JUS.* OPINIÕES DE TEODORO MOMMSEN E DE PAULO KRÜGER *(SACRA LEX DIVINA; LEGES REGIOE, LEX HUMANA); O COLÉGIO DOS PONTÍFICES* E A *COMPILAÇÃO DE ANCO MARCIO.* O TEXTO DE POMPONIUS E OS VESTÍGIOS DO PRINCÍPIO RELIGIOSO NO SISTEMA DO *FAZ* E DO *JUS,* SEGUNDO R. VON JHERING. AS *LEIS SEVERIANAS* : SUA REVOGAÇÃO E RESTABELECIMENTO. AS *LEIS SERVIANAS:* SUAS REVOGAÇÕES E RESTABELECIMENTO. AS *LEIS SERVIANAS* E AS LUTAS ENTRE PATRÍCIOS E PLEBEUS. A DITADURA DE MÂNLIO VALÉRIO: A RETIRADA PARA O *MONTE SAGRADO* E O *TRIBUNATO DA PLEBE.* CAIO TERÊNCIO ARSA E A *LEX TERENTILA.* A ORGANIZAÇÃO DA *LEI DAS XII TÁBUAS;* A EMBAIXADA À GRÉCIA EM BUSCA DE SUBSÍDIOS. OS *DECÊNVIROS,* COMO EXERCIAM SUAS FUNÇÕES E COMO COMPUSERAM AS DOZE TÁBUAS. AS FONTES DA GRANDE LEI: TITO LÍVIO POMPÔNIO E VICO. OS SUBSÍDIOS DE LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS; O *CÓDIGO DE HAMURÁBI,* AS *LEIS DE MANU,* AS *LEIS DE BOCCHORIS,* O *CÓDIGO DE AMASIS* E AS *LEIS DE SÓLON.* HERMODURO DO EFESO E AS TRADUÇÕES DOS TEXTOS DO CÓDIGO DE AMASIS. HERÓDOTO E AS REFERÊNCIAS À LEGISLAÇÃO DO *REI EGÍPCIO.* COMPARAÇÃO ENTRE VÁRIOS TEXTOS DAS *XII TÁBUAS.* RESTABELECIMENTO DO SEU TEXTO. EXCERTOS EXISTENTES E COORDENADOS POR GODOFREDO, ERKSEN E HAUBOLD. INFLUÊNCIA DAS XII *TÁBUAS* NA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ROMANO. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O GRANDE MONUMENTO LEGISLATIVO.

VII LIÇÃO

Os Editos dos Magistrados – Edito Perpetuum

SUMÁRIO – O *JUS EDICENDI* E A FORMAÇÃO DO DIREITO HONORARIO E PRETONIANO *(JUS HONORARIUM).* OS *EDITOS* DOS MAGISTRADOS E SUA DIVISÃO; O *EDITUM VETUS* OU SUA ORGANIZAÇÃO; BREVE INDICAÇÃO DOS MATERIAIS DE QUE TRATAVA E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO E ESTUDO DO DIREITO ROMANO.

VIII LIÇÃO

As Constituições Imperiais. Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano

SUMÁRIO – O ADVENTO DO GOVERNO IMPERIAL E OS SENATUSCONSULTOS. PODERES CONFERIDOS AO IMPERADOR POR FORÇA DA REGRA *QUOD PRINCIPI PLACUIT LEGIS HABET VIGOREM.* A *LEX REGIOE* OU *LEX DE IMPÉRIO.* AS *CONSTITUIÇÕES IMPERIAIS* CONSIDERADAS EM RELAÇÃO AO SEU OBJETO DE FORMA. O *CONSILIUM PRINCIPI* E A AUTORIDADE DAS *CONS-*

TITUIÇÕES. AS *CONSTITUIÇÕES* DE AUGUSTO A ADRIANO. A LINGUAGEM EMPREGADA. AS TENTATIVAS PARA A ORGANIZAÇÃO DAS *FONTES.* O *CÓDIGO GREGORIANO.* ÉPOCA DE SUA ORGANIZAÇÃO. COMPOSIÇÃO E AUTORIDADE. O *CÓDIGO TEODOSIANO.* TRABALHOS PARA A SUA CONFECÇÃO, SUBSÍDIOS QUE LHE FORAM PRESTADOS. PROMULGAÇÃO NO ORIENTE E NO OCIDENTE. OBJETO E IMPORTÂNCIA DO *CÓDIGO TEODOSIANO.*

IX LIÇÃO

O Imperador Justiniano. – Codificação Justinianéia

SUMÁRIO – BIOGRAFIA DE JUSTINIANO. SEUS TRABALHOS DE CODIFICAÇÃO: O *CÓDIGO VELHO,* O *DIGESTO,* AS *INSTITUTAS* E O *CÓDIGO NOVO* OU *REPETITOE PROELECTIONES.* OS NOTÁVEIS AUXILIARES DE JUSTINIANO. MATERIAIS DE QUE TRATAM OS GRANDES MOMENTOS DA CODIFICAÇÃO JUSTINIANA; DESCRIÇÃO DE CADA UM. AS *INSTITUTAS* E A SUA FONTE IMEDIATA. AS *NOVELLAS* E AS REFORMAS PRINCIPAIS POR ELAS INTRODUZIDAS NA CODIFICAÇÃO. INFLUÊNCIA DA CODIFICAÇÃO JUSTINIANA NA EXPANSÃO DOMINADORA DO DIREITO ROMANO.

X LIÇÃO

Corpus Juris Civilis

SUMÁRIO – ORIGEM DA EXPRESSÃO *CORPUS JURIS CIVILIS;* SUA COMPOSIÇÃO E AS PRINCIPAIS EDIÇÕES: *GLOSADAS* E NÃO *GLOSADAS,* COM E SEM NOTAS CRÍTICAS E EXEGÉTICAS. VISTA GERAL DESTES TRABALHOS, SEGUNDO PAULO KRÜGER. MODOS DE CITAR AS PARTES QUE O COMPOEM. PRÁTICA DE MANUSEÁ-LO. AUTORIDADE DE SUAS DISPOSIÇÕES.

XI LIÇÃO

Influência do Cristianismo sobre as principais instituições jurídicas, desde o Imperador Constantino até Justiniano

SUMÁRIO – GOVERNO DE DIOCLECIANO, DIVISÃO DO IMPÉRIO, SEUS COLABORADORES E SUBSTITUTOS: A *TETRARQUIA.* O CRISTIANISMO E A SUA PENETRAÇÃO EM TODAS AS CAMADAS SOCIAIS. O IMPERADOR CONSTANTINO E OS ACONTECIMENTOS QUE O CONDUZIRAM AO *EDITO DE MILÃO.* A IMPORTÂNCIA DESTE ATO IMPERIAL E OS SALUTARES RESULTADOS POR ELE PROVOCADOS NA ORDEM MORAL E POLÍTICA. A EVOLUÇÃO DAS IDÉIAS RELIGIOSAS E OS GRANDES HOMENS NOS TRÊS SÉCULOS EM QUE AO *PAGANISMO* SUCEDEU O *STOICISMO* E A ESTE O *CRISTIANISMO.* O DIREITO E AS SUAS FASES SOB O INFLUXO DAS RELIGIÕES; A REAÇÃO DE JULIANO O *APÓSTATA.* ESTUDO DAS CAUSAS DA INFLUÊNCIA DO *CRISTIANISMO* SOBRE AS PRINCIPAIS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E SOBRE OS GRANDES MALES SOCIAIS, SEGUNDO *OZANAN, TROPLONG, FERRIM CARUSI RICCOBONO, BOUCAUD,* E OUTROS: A *ESCRAVIDÃO,* A *FAMÍLIA,* OS *PECÚLIOS,* OS *DIREITOS DO PAI DE FAMÍLIA,* AS *RELAÇÕES ENTRE CASADOS,* O *DIVORCIO,* A *PROPRIEDADE,* A *CONDIÇÃO DAS MULHERES,* E *A SUA ELEVAÇÃO, AS PRISÕES,* E *PENAS CORPORAIS,* AS *SUCESSÕES HEREDITÁRIAS.* A CRISTIANIZAÇÃO DO DIREITO ROMANDO AO TEMPO DE JUSTINIANO FOI A CAUSA PREPONDERANTE DA SUA EXPANSÃO E DA ASCENDÊNCIA QUE CONSEGUIU SOBRE O MUNDO CIVILIZADO.

XII LIÇÃO

Edictum Theodorici. Breviarum Alaricianum. Lex Borgundionum. Basílicas. Novellae Leonis.

SUMÁRIO – A *SEGUNDA INVASÃO BÁRBARA* NA ITÁLIA (*OSTROGODOS)* NA IBÉRIA *(VISIGODOS)* E NA GÁLIA ORIENTAL *(BORGUNDA).* O DIREITO DOS INVASORES COMPARADO AO DIREITO ROMANO. O IMPERADOR TEODORICO, O *GRANDE.* A ORGANIZAÇÃO PELOS *GODOS* DOS DOIS CÓDIGOS – *EDICTUM THEODORICII* – E – *BREVIARIUM ALARICIANUM,* - SUBSÍDIOS QUE LHES FORAM PRESTADOS. A *LEX BORGUNDIONUM* - OU – *PAPIANI REPONSUM* – ERRO DE CUJACIUS. O IMPERADOR BASÍLIO MACEDO E OS TRABALHOS DE CODIFICAÇÃO DO DIREITO *GRECO-ROMANO.* AS *BASÍLICAS* E O IMPERADOR LEÃO VI, O *FILÓSOFO.* AS *113 NOVELLAS* QUE COSTUMAM ACOMPANHAR *AS BASÍLICAS.* VANTAGENS QUE DECORREM DESTAS COLEÇÕES PARA A CULTURA DO DIREITO ROMANO.

XIII LIÇÃO

Forum Judicum. Fuero Juzgo ou El libro de los Jueces.

SUMÁRIO – AS INVASÕES NA PENÍNSULA IBÉRICA E A INFLUÊNCIA EXERCIDA PELOS INVASORES. AS DIVISÕES ROMANAS – *CITERIOR, ULTERIOR, TARRASCONCENSE, LUSITÂNIA* E *BÉLTICAS* - : O DIREITO VIGENTE E AS REGALIAS, CONCEDIDAS A LISBOA, DE *MUNICIPIUM CIVIUM ROMANORUM.* AS PREFEITURAS. PERDA DA DOMINAÇÃO ROMANA: OS VISIGODOS E AS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÕES DE LEIS. O *CÓDIGO EURICIANO* O *BREVIÁRIO DE ALARICO* E OS TRABALHOS DE LEOVIGILDO. ORGANIZAÇÃO DO *FORUM JUDICUM* E OS SEUS COLABORADORES: OS CONCÍLIOS COMO *PODER LEGISLATIVO.* A CIDADE DE TOLEDO E OS TRABALHOS DE SÃO ISIDORO E SANTA FLORENTINA. NOVAS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO DESDE CHINDASVINDO (VII CONCÍLIO TOLEDANO) ATÉ EGICA (XVI CONCÍLIO) E A DEFINITIVA ORGANIZAÇÃO DO *FORUM JUDICUM,* TAMBÉM CHAMADO *CODEX LEGUM* E *LEX VISIGOTHORUM.* A TRADUÇÃO CASTELHANA, COM O NOME DE *FUERO JUSGO* OU *EL LIBRO DE LOS JUECES,* COMO *FORAL DE CÓRDOVA.* O *EXÓRDIO,* O *PRÓLOGO* E A *RUBRICA*; OPINIÕES DE LARDIZÁBAL, DE ANDRÉ BURRIEL E DE AMBROSIO DE MORALES SOBRE O ORIGINAL LATINO E CASTELHANO; RECONSTITUIÇÃO DO TEXTO PELA ACADEMIA ESPANHOLA: A EDIÇÃO DO DR. ALONSO VILLADIEGO. VALOR DO MONUMENTO.

XIV LIÇÃO

Ley de las Siete Partidas

SUMÁRIO – QUEDA DOS VISIGODOS. INVASÃO DOS SARRACENOS NA PENÍNSULA IBÉRICA. O *CALIFADO DE CÓRDOVA.* EXPULSÃO DOS MOUROS. OS *FORAIS* DOS REIS DE LEÃO E CASTELA. D. FERNANDO III E D. AFONSO X, O *SÁBIO,* OU O *ASTRÔNOMO*; SEUS TRABALHOS LEGISLATIVOS: O *ESPÉCULO,* O *FUERO REAL DE ESPANHA* E AS *SIETE PARTIDAS* – ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CAUSAS DETERMINANTES DA ORGANIZAÇÃO DAS SIETE PARTIDAS. A SUA DIVISÃO EM *SETE PARTES* E A FUSÃO DO DIREITO ROMANO E DIREITO CANÔNICO. ORIENTAÇÃO CIENTÍFICA. DESCRIÇÃO DO MONUMENTO E EDIÇÕES COM SIMPLES TEXTO E GLOSADAS: A

EDIÇÃO DE GREGORIO LÓPEZ. INFLUÊNCIA DAS *SIETE PARTIDAS* NA FORMAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS E ESPANHOL. A SITUAÇÃO DA PENÍNSULA IBÉRICA EM FACE DAS TORRENTES DE OPINIÕES DOS ROMANISTAS E CANONISTAS. OS TRÊS FATORES DA RECONSTRUÇÃO JURÍDICA, PRINCIPALMENTE EM PORTUGAL. O VALOR DAS *SIETE PARTIDAS*.

XV LIÇÃO

Descoberta de Almafi. Escolas de Pávia, Ravena e Bolonha. Os Glosadores.

SUMÁRIO – QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO. FRACIONAMENTO E REUNIÃO DE SEU TERRITÓRIO. LOTÁRIO II E O PAPADO. ALIANÇA DE PISA E A DESCOBERTA, EM AMALFI, DO MANUSCRITO CHAMADO *FLORENTINAS*. A IDADE MÉDIA E OS ESTUDOS DE DIREITO LONGOBARDO NA *ESCOLA DE RAVENA*. INTENCIFICAÇÃO DOS ESTUDOS JURÍDICOS DESDE O SEGUNDO QUARTEL DO SÉCULO XII. AS UNIVERSIDADES DA EUROPA. A *ESCOLA DE BOLONHA* COMO CENTRO DE IRRADIAÇÃO DO DIREITO ROMANO. *IRNERIUS*, OS *QUATOR DOCTORES* E *ACCURSIUS*: GLOSA ACCURSIANA. OS *PÓS-GLOSADORES – BARTOLUS, ALCIATUS, CUJACIUS* E *DONNELUS*.

XVI LIÇÃO

Influência do Direito Romano na formação de várias legislações

SUMÁRIO – IRRADIAÇÃO DO DIREITO ROMANO E A RAZÃO DE SEU DOMÍNIO SOBRE AS LEGISLAÇÕES DOS POVOS CIVILIZADOS. A CLASSIFICAÇÃO DE ERNESTO GLASSON E CLÓVIS BEVILÁQUA RELATIVA AOS POVOS QUE ORGANIZARAM O SEU DIREITO SOB A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO E DE OUTROS ELEMENTOS. OS GRUPOS DAS NAÇÕES DA EUROPA, OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE E AS REPÚBLICAS LATINO-AMERICANAS. O CÓDIGO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. O DIREITO ROMANO NAS LEGISLAÇÕES ANTIGAS, NA DOUTRINA, NOS CÓDIGOS E NAS LEGISLAÇÕES MODERNAS DA ITÁLIA, GRÉCIA, ROMÊNIA, ESPANHA, PORTUGAL, FRANÇA, BÉLGICA, HOLANDA, ALEMANHA, SUÍÇA, ÁUSTRIA, HUNGRIA, SÉRVIA, MONTENEGRO, BULGÁRIA, TURQUIA, INGLATERRA, DINAMARCA, SUÉCIA, NORUEGA, RÚSSIA, ESTADOS UNIDOS, JAPÃO E CHINA. OS DOIS GRUPOS DE LEGISLAÇÕES.

XVII LIÇÃO

As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Legislação posterior, até 1822. O Código Civil Português.

SUMÁRIO – INDEPENDÊNCIA DE PORTUGAL; O DIREITO EM VIGOR – OS FORAIS E AS LEIS GERAIS – PROGRESSOS INTELECTUAIS – O DR. JOÃO DE ARÉGAS, D. JOÃO I E A SUA ÉPOCA. A CONFECÇÃO DE UM CÓDIGO: MESTRE JOÃO MENDES, D. DUARTE E SEU GOVERNO. DR. RUI FERNANDES E A ORGANIZAÇÃO DEFINITIVA DAS ORDENAÇÕES AFONSINAS. SUAS FONTES, DIVISÃO E OBJETO DOS TEXTOS, D. JOÃO II E D. MANUEL I – A ÉPOCA MANUELINA E A REFORMA DAS LEIS. AS ORDENAÇÕES MANUELINAS, SUAS EDIÇÕES E PUBLICAÇÃO

DEFINITIVA; DIVISÃO E OBJETO. D. JOÃO III, O CARDEAL D. HENRIQUE E D. SEBASTIÃO – NOVAS EDIÇÕES DAS ORDENAÇÕES MANUELINAS. O CÓDIGO SEBASTIÂNICO. DOMINAÇÃO DE PORTUGAL PELA ESPANHA E O ESTADO DA LEGISLAÇÃO. OS TRABALHOS DE FILIPE I E II: A LEI DE 5 DE JUNHO DE 1595 E AS ORDENAÇÕES FILIPINAS; SEUS ORGANIZADORES, REVISORES, DIVISÃO E OBJETO DO TEXTO. QUEDA DOS FILIPES. D. JOÃO IV E A LEI DE 29 DE JANEIRO DE 1643. A LEGISLAÇÃO POSTERIOR, PRINCIPALMENTE RELATIVA AO BRASIL. D. JOSÉ I E O MARQUÊS DE POMBAL. A LEI DA BOA RAZÃO. D. MARIA I E D. JOÃO VI, LEIS DE SEU TEMPO: A INDEPENDÊNCIA DO BRASIL. O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS, SUA ELABORAÇÃO; OBJETO E DIVISÃO DE SUAS DISPOSIÇÕES. VALOR DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS COMO FRUTO DE CULTURA JURÍDICO-ROMANA.

XVIII LIÇÃO

O Direito Canônico e o Direito Germânico

SUMÁRIO – FUNDAÇÃO DA IGREJA E A FORMAÇÃO DO DIREITO ECLESIÁSTICO PÚBLICO E PRIVADO. LUTA PELA PREDOMINÂNCIA ENTRE O DIREITO CANÔNICO E O DIREITO ROMANO E GERMÂNICO. ORGANIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DO DIREITO CANÔNICO, SUA DIVISÃO EM *ANTIGO, NOVO E NOVÍSSIMO*. O *CORPUS JURIS CANONICI* E SUA COMPOSIÇÃO. NOVOS ELEMENTOS DE PROGRESSO: O *CODEX JURIS CANONICI* PROMULGADO POR BENEDITO XV. A CHAMADA "*QUESTÃO ROMANA*" E SUA SOLUÇÃO PELOS ATOS DE 11 DE FEVEREIRO DE 1929; INFLUÊNCIA DE TAIS ATOS NA LEGISLAÇÃO DA IGREJA. O VALOR DO DIREITO CANÔNICO. ORGANIZAÇÃO DO DIREITO GERMÂNICO: O PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DAS LEIS: A OPINIÃO DE GIUSEPE CARLE. OS MONUMENTOS LEGISLATIVOS DOS GERMANOS DESDE A *LEI SALICA* ATÉ O *SCHWABENSPIEGET*: BREVE NOTÍCIA DE CADA UM. O DIREITO GERMÂNICO CIENTÍFICO. O *CORPUS JURIS GERMANICI*. A PENETRAÇÃO DO DIREITO ROMANO NAS NAÇÕES GERMÂNICAS E A PROFUNDA INFLUÊNCIA POR ELE EXERCIDA. O IMPÉRIO ALEMÃO. A CONSTITUIÇÃO DE 1871 E A LEI DE 20 DE DEZEMBRO DE 1873: A ORGANIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. OS CÓDIGOS DO COMÉRCIO, PENAL, PENAL-MILITAR, DO PROCESSO CIVIL E DE INSTRUÇÃO CRIMINAL.

XIX LIÇÃO

O Direito Ibero-americano

SUMÁRIO – RÁPIDA RESENHA DA FORMAÇÃO DO DIREITO NA PENÍNSULA IBÉRICA. A DESCOBERTA DA AMÉRICA, O TRATADO DE TORDESILHAS E O DIREITO TRAZIDO PARA O NOSSO CONTINENTE. A INDEPENDÊNCIA DOS POVOS AMERICANOS. O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO E AS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO, DESDE O CONGRESSO INTERNACIONAL DO PANAMÁ ATÉ ÀS CONFERÊNCIAS PAN-AMERICANAS. OS PROJETOS DE CÓDIGOS DE EPITÁCIO PESSOA E SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE. O PRINCÍPIO DA *UNIDADE* E *IRREDUTIBILIDADE* DA SOBERANIA. ELIHU ROOT E A 3ª CONFERÊNCIA PAN-AMERICANA NO RIO BRANCO. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: O *JUS SOLI* E O *JUS SANGUINIS*. O INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE BERLIM. O DIREITO INTERNO E OS CÓDIGOS CIVIS E COMERCIAIS DE VÁRIOS PAÍSES DA AMÉRICA. HÁ UM DIREITO IBERO-AMERICANO?

XX LIÇÃO

O Direito Brasileiro. O Código Civil Brasileiro e o seu Art. 1807.

SUMÁRIO – A LEGISLAÇÃO DOMINANTE AO TEMPO DA INDEPENDÊNCIA. A LEI DE 20 DE OUTUBRO DE 1823 E A CARTA CONSTITUCIONAL DE 25 DE MARÇO DE 1824. O *CÓDIGO CRIMINAL* E AS MODIFICAÇÕES OPERADAS NOS 60 ANOS DE SUA VIGÊNCIA. O *CÓDIGO DO PROCESSO CRIMINAL*. O *JÚRI*, O *HABEAS-CORPUS* E O *PROCESSO ACUSATÓRIO*. A LEGISLAÇÃO COMERCIAL E OS TRABALHOS DO VISCONDE DE CAIRU. O *CÓDIGO COMERCIAL* E O *REGULAMENTO Nº 737, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1850*. TENTATIVAS PARA A CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL. TEIXEIRA DE FREITAS, A *CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS* E OS SEUS TRABALHOS – O OFÍCIO DE 20 DE SETEMBRO DE 1867. AS TENTATIVAS DE NABUCO DE ARAÚJO, FELÍCIO DOS SANTOS, DA COMISSÃO PRESIDIDA PELO CONS. CÂNDIDO DE OLIVEIRA. A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E O DIREITO ENTÃO VIGENTE. NOVA TENTATIVA DE CODIFICAÇÃO CIVIL PELO CONS. COELHO RODRIGUES. AS REFORMAS OPERADAS. A INFLUÊNCIA DAS FACULDADES DE DIREITO E DA LITERATURA JURÍDICA NA FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO. CLÓVIS BEVILÁQUA E A DEFINITIVA ORGANIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO E CRÍTICA DE RUI BARBOSA E OUTROS; A PROMULGAÇÃO PELA LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. O VALOR DO CÓDIGO CIVIL NA OPINIÃO DE SÍLVIO ROMERO E DO PRÓPRIO CLÓVIS BEVILÁQUA. AS LACUNAS DO CÓDIGO E O SEU ART.º 1.807 EM CONFRONTO COM OS ARTS. 4º, 5º E 7º DA INTRODUÇÃO. O DIREITO ROMANO COMO *LEI FEDERAL E SUBSIDIÁRIA*: A OPINIÃO DE JOÃO MENDES. CONCLUSÃO.

. . . .

2ª PARTE

SUJEITO E OBJETO DO DIREITO
NOÇÕES FUNDAMENTAIS

XXI LIÇÃO

Direito Público e Direito Privado

SUMÁRIO – *CONCEITO DO DIREITO. QUADRO GERAL DOS RAMOS DO DIREITO.* DEFINIÇÕES CLÁSSICAS DO *DIREITO PÚBLICO* E DO *DIREITO PRIVADO* DOS ROMANOS. PONTOS DE CONTATO E DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE AMBOS: LACUNAS A ASSINALAR. DEFINIÇÕES CLÁSSICAS DE *JUSTIÇA* E *JURISPRUDÊNCIA*.

XXII LIÇÃO

Jura Generalia. Jura Singularia.

SUMÁRIO – CONCEITO DO *JUS GENERALE* OU *COMMUNE* E DO *JUS SINGULARE* OU *PRIVILEGIA* (*LEGALIA* OU *PACTITIA*). DEFINIÇÕES. OS *PRIVILEGIOS PERSONAE, REI* E *CAUSAE*. OS CHAMADOS *PRIVILEGIA FAVORABILIA, ODIOSA-GRATUITA, ONEROSA-GRATIOSA, CONVENCIONALIA*.

XXIII LIÇÃO

AEquitas Generalia. Jura Singularia

SUMÁRIO – CONCEITO DE *EQÜIDADE*; COMO PENETROU EM ROMA E DOMINOU OS ESPÍRITOS CULTOS. SUA AUTORIDADE NA DECISÃO DOS PLEITOS. CARÁTER MORAL E JURÍDICO DOS PRECEITOS DE DIREITO. EXAME E CRÍTICA DE CADA UM.

XXIV LIÇÃO

Jus Preceptorum

SUMÁRIO – O DIREITO ORIUNDO DAS DECISÕES DOS PRETORES (*AUCTORITAS RERUM PERPETUUM SIMILITER JUDICATARUMI). A RES JUDICATA* COMO FONTE DE DIREITO, SEUS REQUISITOS E EFEITOS.

XXV LIÇÃO

Direito Civil, Direito das Gentes e Direito Natural

SUMÁRIO – CONCEITO DO DIREITO CIVIL DOS ROMANOS. COMPREENDIA OS DOIS RAMOS PRINCIPAIS: O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO E NÃO O DIREITO PRIVADO SOMENTE.

O SEU FUNDAMENTO ERA O *CIVITAS.* CONCEITO DO DIREITO DAS GENTES. COMO E QUANDO APARECEU EM ROMA; OPINIÕES DE DIONÍSIO DE HALICARNASSO, CÍCERO E TITO LÍVIO; SOLUÇÃO DE JHERING SEGUNDO GUIDO PALLETI E WLASSAK, O *JUS GENTIUM* ERA O *DIREITO COMERCIAL DOS ROMANOS*; NÃO TINHA, COMO LHE ATRIBUEM, O CARÁTER EXCLUSIVO DE *INTERNACIONAL.* O SEU FUNDAMENTO ERA A *LIBERTAS.* CONCEITO DO DIREITO NATURAL. A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA HELÊNICA NO DIREITO NATURAL. A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA HELÊNICA NO DIREITO NATURAL. CÍCERO E OS ESTÓICOS; ULPIANUS E A SUA IDÉIA DE EM DIREITO FORA DA SOCIEDADE HUMANA *(QUOD NATURA OMNIA ANIMALIA DOCUIT).* DIFICULDADE PARA TRAÇAR OS CARACTERES DISTINTIVOS ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO DAS GENTES. A CONFUSÃO QUE ENTRE AMBOS FAZEM AS *INSTITUTAS DE JUSTINIANO* (L. I, II, PR. § 1° E L. II, T. I, §11).

XXVI LIÇÃO
Tríplice objeto do Direito. Exame da noção de Gaius ê sua influência na codificação civil de todos os povos.

SUMÁRIO – TODA RELAÇÃO JURÍDICA, REGULADA PELO DIREITO ROMANO, DIZIA RESPEITO ÀS *PESSOAS,* OU ÀS *COISAS,* OU ÀS A TRIPARTIÇÃO DE GAIUS (INST. COM. I, § 8°) NÃO É CLASSIFICAÇÃO DO *DIREITO CIVIL,* NO SENTIDO EM QUE, MODERNAMENTE SE EMPREGA ESTA EXPRESSÃO. É UMA CLASSIFICAÇÃO HISTÓRICA DO *DIREITO CIVIL ROMANO,* EXISTENTE NO TEMPO DE GAIUS. A EXPRESSÃO *OMNE AUTEM JUS QUO UTIMUR* ESTÁ INDICANDO QUE O GRANDE JURISCONSULTO SE REFERIA A *TODO O DIREITO,* QUER PÚBLICO, QUER PRIVADO, *QUE ERA USADO PELOS ROMANOS.* NÃO OBSTANTE A ISTO, OS CIENTISTAS, EM GERAL, E OS CODIFICADORES, EM PARTICULAR, ORA ADMITEM, ORA RECUSAM ESTA CLASSIFICAÇÃO COMO CRITÉRIO PARA A DISTRIBUIÇÃO PARA AS MATÉRIAS REGULADAS EM UM CÓDIGO CIVIL. ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES PROPOSTAS: A DE *DOMAT,* FUNDADA EM S. MATEUS *(EVANG. – CAP.* XXII, VER. 21), A DE *ZACHARIOE,* A DE *TEIXEIRA DE FREITAS* E A SEGUIDA PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. CRÍTICA DA DOUTRINA DO *SUMNER MAINE* SOBRE O CONCEITO DA TRIPARTIÇÃO DE GAIUS.

XXVII LIÇÃO
Noção do Direito das Pessoas. Pessoas, sua divisão. Pessoas naturais

SUMÁRIO – OS VÁRIOS SIGNIFICADOS DA EXPRESSÃO "DIREITO DAS PESSOAS". SENTIDO EM QUE GAIUS A EMPREGOU EM SUA CLASSIFICAÇÃO. ORIGEM DA PALAVRA "*PERSONA*". DEFINIÇÃO. CRÍTICA DA DEFINIÇÃO E MEIO DE RESOLVER A DÚVIDA A QUE NOS LEVA O REFERIDO JURISCONSULTO (DIG. – *DE ESTATU HOMININUM* – L. II T. V. FR. 3°). DIVISÃO DAS PESSOAS. DEFINIÇÕES. PESSOA *NATURAL* OU *FÍSICA,* CONDIÇÕES PARA SUA EXISTÊNCIA *(NASCIMENTO, FORMA, VIABILIDADE. MOSTRUM, OSTENTUM* E *PRODIGIUM. (DIG– DE STATU HOMINIMUM – L. I, T. V, FR. 14, - DE VERB. SIGNIF.* – L. L. T. XVI, FR. 38 E FR. 135).

XXVIII LIÇÃO
Estados. Capitis diminutio. Livres e escravos. Cidadãos e estrangeiros. Sui juris e alieni juris

SUMÁRIO – DA CAPACIDADE CIVIL PARA O GOZO DOS DIREITOS OUTORGADOS PELO *JUS CIVILE,* PELO *JUS GENTIUM* E PELO *JUS NATURALE. COMERCIUM E CONNUBIUM.* CONDIÇÕES MODIFICADORAS DA CAPACIDADE. PERDA DOS *ESTADOS.* A *EXESTIMATIO,* A *INFÂMIA,*

A *IGNOMÍNIA* E A *NOTA CENSÓRIA*. DIVISÃO DAS PESSOAS EM RELAÇÃO A CADA UM DOS *ESTADOS*. AS LEIS *JUNIA NORBANA* E *AETLIA SENTIA*. O *JUS POSTLIMINII*. AQUISIÇÃO DA *NACIONALIDADE (JUS SANGUINIS E JUS SOLI)*. A CONSTITUIÇÃO DO IMPERADOR CARACALA. IDADE. *LEI PLOETORIA*. DIVISÃO DOS *SUI JURIS* E *ALIENI JURIS*.

XXIX LIÇÃO

Outras restrições à capacidade: a religião, a profissão, a saúde. O domicílio

SUMÁRIO – AS CRIAÇÕES SOCIAIS, ALHEIAS À SANÇÃO JURÍDICA, CAPAZES DE MODIFICAR O ESTADO DAS PESSOAS RELATIVAMENTE AO GOZO E AO EXERCÍCIO DE CERTOS DIREITOS. A *JUDAICA SUPERATIO* E A *RELIGIÃO CRISTÃ*. O IMPERADOR GALIANO E O LIVRE EXERCÍCIO DO CULTO CRISTÃO. O IMPERADOR CONSTANTINO OS HEREJES E APÓSTATAS. A PROFISSÃO COMO CAUSA DA AQUISIÇÃO E PERDA DE DIREITOS; FUNÇÕES PÚBLICAS E PROFISSÕES LIBERAIS (OS *COMERCIANTES DE TRIGO*, OS *ADVOGADOS*, OS *MÉDICOS* E OS *BANQUEIROS)*. AS ENFERMIDADES E DEFEITOS FÍSICOS: A INTERDIÇÃO. A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE UMA PESSOA E UM LUGAR DETERMINADO: *DOMICÍLIO*. O *ANIMUS* (VONTADE DE PERMANECER) E O *FACTUM* (A RESIDÊNCIA). CONSEQÜÊNCIAS: *MUNERA, ACTOR REI FORUM SEQUI DEBET*. DOMICÍLIO *VOLUNTÁRIO, NECESSÁRIO E ELEITO*.

XXX LIÇÃO

Pessoas jurídicas

SUMÁRIO – REALIDADE E FICÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS; AS TEORIAS DE *SAVIGNY, VON JHERING, WINDESCHEID, ZITELMANN, PLANIOL, GIERK,* E OUTROS. A CONCEPÇÃO ORIGINAL DA TEORIA ORGANICISTA DE LACERDA DE ALMEIDA. EVOLUÇÃO DA IDÉIA DA *PERSONALIDADE JURÍDICA*, SEGUNDO GAIUS (DIG. – *DE DIVIS, RERUM ET QUALIT.* – T. I, T. 8º FR. 1º, PR.) E ULPIANUS (*FRAG LIBRI REGULARUM* – T. 22, § 5º). REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE. O ESTADO, A PROVÍNCIA E O MUNICÍPIO. *FISCUS* E *AERARIUM. CORPUS, UNIVERSITAS, COLLEGIUM, ORDO, HEREDITAS JACENS*. CLASSIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PUBLICO E DE DIREITO PRIVADO.

XXXI LIÇÃO

Noção do Direito das Coisas. Patrimônio, bens e coisas. Divisões e definições

SUMÁRIO – O SEGUNDO MEMBRO DA TRIPARTIÇÃO DE GAIUS, CONCEITO RIGOROSO DAS PALAVRAS *PATRIMONIUM, BONA* E *RES., RES DIVINI JURIS ET HUMANI JURIS. RES IN COMMERCIUNT ET EXTRA COMMERCIUM. RES NULLIS ET DERELICTOE.* DIVISÕES E SUBDIVISÕES DE CADA UM DOS GRUPOS APONTADOS. COISAS *PÚBLICAS, COMMUNS* E *PARTICULARES*. COISAS *MANCIPI ET NEC MANCIPI*. COISAS *CORPORAIS, INCORPÓREAS, MÓVEIS, IMÓVEIS, SEMIMÓVEIS, FUNGÍVEIS, NÃO FUNGÍVEIS, CONSUMÍVEIS, NÃO CONSUMÍVEIS, DIVISÍVEIS, INDIVISÍVEIS, SINGULARES, COLETIVAS, PRINCIPAIS,* E *ACESSÓRIAS*.

XXXII LIÇÃO

Frutos. Produtos. Benfeitorias

SUMÁRIO – AS UTILIDADES PERIÓDICAS E PERMANENTES DAS COISAS. FRUTOS *PENDENTES, PERCEBIDOS, ESTANTES, PERCIPIENDOS E CONSUMIDOS.* QUANDO OS *PRODUTOS* ASSUMEM O CARÁTER DE *FRUTOS.* CONCEITO JURÍDICO DE *BENFEITORIA.* BENFEITORIAS *NECESSÁRIAS, ÚTEIS* E *VOLUPTUÁRIAS.*

XXXIII LIÇÃO

Noção do Direito das Obrigações. Evolução da doutrina das obrigações em Roma. Nexum e vinculum

SUMÁRIO – CONCEPÇÃO ROMANA DO QUE CHAMAMOS HOJE DE *DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.* RAZÃO PELA QUAL NA TRIPARTIÇÃO DE GAIUS NÃO FIGURA UM DEPARTAMENTO ESPECIAL PARA AS *OBRIGAÇÕES.* AS INSTITUTAS DE JUSTINIANO E A DESORDEM NA COLOCAÇÃO DOS PRINCIPAIS REGULADORES DAS OBRIGAÇÕES. FICÇÕES JURÍDICAS PARA ABRANDAR O RIGOR DA DOUTRINA. O *TITULO AO PORTADOR.* A REAÇÃO DO DIREITO CREDITÓRIO SOBRE A PESSOA DO *DEBITOR NEXUM)* E SOBRE O PATRIMÔNIO (*VINCULUM).* A DEFINIÇÃO CLÁSSICA DE OBRIGAÇÃO EM DIREITO ROMANO (INST. – *DE OBRIG.* – L. III, T. XIII, PR.). CRÍTICA.

XXXIV LIÇÃO

Noção do Direito das Ações. Legis Actiones; Formula Cognitio

SUMÁRIO – O ÚLTIMO MEMBRO DA TRIPARTIÇÃO DE GAIUS. AS FAZES DA EVOLUÇÃO DO DIREITO JUDICIÁRIO. A PRIMEIRA, CARACTERIZANDO-SE POR UMA CIÊNCIA OCULTA, SÓ ACESSÍVEL AO PATRICIADO, CONSERVOU-SE ATÉ MEADO VI SÉCULO DA FUNDAÇÃO DE ROMA; ERA A FASE CHAMADA *LEGIS ACTIONES.* AS SUAS CINCO ESPÉCIES: *SACRAMENTO, PER JUDICIS POSTULATIONEM, PER MANUS INJECTIONEM* E *PER PIGNORIS CAPIONEM.* A SEGUNDA FASE INICIADA PELA *LEI AEBUTIA* (ANO DE ROMA DE 520) E DEFINITIVAMENTE ESTABELECIDA PELA *LEI JULIA JUDICIARIANA,* A 2ª DO TEMPO DE CÉSAR (ANO DE ROMA DE 708) E AS OUTRAS DO TEMPO DE AUGUSTO. CONSERVOU-SE ATÉ FINS DO SÉCULO III DA ERA CRISTÃ: ERA A FASE CHAMADA *FÓRMULA.* O PLEITO *IN JURE* E *IN JUDICIO.* O *PROETOR* E O *JUDEX*. COMPOSIÇÃO DA *FÓRMULA* E SUAS PARTES ESSENCIAIS: A *LITIS CONTESTATIO.* A CONSTITUIÇÃO DO IMPERADOR DIOCLECIANO DO ANO DE 294 (COD. – *DE PEDAM, JUDIC.* – L. III,T. III, COM 2ª) E O CONHECIMENTO DIRETO DAS CAUSAS, OUTORGADO ? PRESIDENTES DAS PROVÍNCIAS. GENERALIZAÇÃO DA REGRA. DO APARECIMENTO DO *PROCESSO FORMULÁRIO* E SUA SUBSTITUIÇÃO DEFINITIVA PELAS *COGNITIONES EXTRAORDINARIOE.* CARACTERES GERAIS DA *COGNOTIO.*

. . . .

3ª PARTE

INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

A FAMÍLIA

XXXV LIÇÃO

A família romana. Patriarcado

SUMÁRIO – ETIMOLOGIA DA PALAVRA *FAMÍLIA*. SEUS DIVERSOS SIGNIFICADOS NA LINGUAGEM *VULGAR* E NA LINGUAGEM *JURÍDICA*. O FUNDAMENTO DA *FAMÍLIA*. A FAMÍLIA PRECEDEU OU SECEDEU À SOCIEDADE? A CASA ROMANA E SEU CHEFE: *PATER FAMILIAS.*

XXXVI LIÇÃO

A mulher na família. Matriarcado. Matronato

SUMÁRIO – A IDÉIA DA MULHER *GERADORA* E A PROMISCUIDADE NAS RELAÇÕES SEXUAIS. O REGIME MONOGÂMICO EM ROMA. A MULHER SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO E SOCIAL DURANTE O TEMPO DA *REALEZA*, DA *REPÚBLICA* E DO *IMPÉRIO*. A *MÃE DE FAMÍLIA*, SUA DIGNIDADE E IMPORTÂNCIA. *(MULIER AUTEM FAMILIAE SUAE, ET CAPUT ET FINIS EST. – ULPIANUS - .)* O *MATRONATO* COMO INSTITUIÇÃO SOCIAL. A RELIGIÃO CRISTÃ NA FAMÍLIA.

XXXVII LIÇÃO

Nupcias: suas espécies

SUMÁRIO – DEFINIÇÕES DE MODESTINO E DE JUSTINIANO FORMAS INTRÍNSECAS: *NATURAL, RELIGIOSA, JURÍDICA*, CRÍTICA. ESPÉCIES DE UNIÕES SEXUAIS: *JUXTAE NUPTIAE, CONCUBINATUS, MATRIMONIUM SINE CONNUBIO, CONTUBERNIUM:* DEFINIÇÕES E CONDIÇÕES DE VALIDADE: 1ª *PUBERDADE E NUBILIDADE (PRATEXTATUS E VESTICEPS* – SABINIANOS E PROCULIANOS); 2ª, *CONSENTIMENTO RECÍPROCO:* 3ª, *CONSENTIMENTO DO PATER-FAMILIAS;* 4ª, *CONNUBIUM.* A CONSTITUIÇÃO DO IMPERADOR CARACALA DO ANO DE 212 (DIG. – *De statu hominum* – L. I, T. V, FR. 17).

XXXVIII LIÇÃO

Solenidades das Justae Nuptiae. Confarreatio

SUMÁRIO – COMO SE CELEBRAVA O CASAMENTO EM ROMA. A FICÇÃO DO RAPTO DAS SABINAS; A *COMPRA* DA MULHER (*COENUPTIO);* A *POSSE (USUS)* E A *CONFARREATIO. TRINOCTIUM; FLAMINICA DIALIS* (TÁCITO – ANN. – L. 4º, 16).

XXXIX LIÇÃO

Efeitos da Justae Nuptiae

SUMÁRIO – EFEITOS DO CASAMENTO EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS E BENS CASADOS, ÀS PESSOAS E DIREITOS DOS FILHOS E A TERCEIROS (PARENTESCO E ALIANÇA).

XL LIÇÃO

Manus

SUMÁRIO – ORIGEM DA PALAVRA *MANUS* E SEUS DIVERSOS SIGNIFICADOS. O PODER MARITAL E A AUTORIDADE DO *PATER-FAMILIAS.* AS TRÊS FORMAS DE AQUISIÇÃO DA *MANUS.* EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÃO. A MULHER *IN MANU* E SEUS EFEITOS. A *COEMPTIO FIDUCIAE CAUSA.*

XLI LIÇÃO

Pactus antenupciais. Regimen dotal

SUMÁRIO – CONVENÇÕES ENTRE ESPOSOS PARA REGULAR AS RELAÇÕES DECORRENTES DO CASAMENTO: A ORDEM PÚBLICA E OS BONS COSTUMES. CAUSAS GERAIS PARA A ANULAÇÃO DAS CONVENÇÕES MATRIMONIAIS. ESPÉCIES DESTAS CONVENÇÕES. CONCEITO DO DOTE E O QUE O CARACTERIZA: A *INALIENABILIDADE,* A *INCOMUNICABILIDADE* OU O *DESTINO DADO AOS BENS DOTAIS (PRO ONERIBUS MATRIMONII)*? EFEITOS DO DOTE; DIREITOS E DEVERES DO MARIDO E DA MULHER: RETENÇÃO E RESUBSTITUIÇÃO. BENS PARAFERNAIS.

XLII LIÇÃO

Filiação legítima, paterna e materna

SUMÁRIO – A *DONATIO ANTE NUPTIUS* E A *DONATIO PROPTER NUPTIAS* E A *DONATIO PROPTER NUPTIAS.* O TEXTO DE ULPIANUS – "MORIBUS APUD NOS RECEPTUM EST, NE INTER, VIRUM ET UXOREM DONATIONES VALERENT". (DIG. – *DE DON. INT. VIR. ET UXOREM.* – L. XXIV, T. I, FR. 1º, PR.). A REGRA DO IMPERADOR DIOCLECIANO (CÓD. – *DE SPONS. E ARRHIS SPONS.* – L. V., T. XVI, CONST. 5ª): AS REFORMAS DO IMPERADOR JUSTINIANO (CÓD. – L. I, T. III, CONST. 20).

XLIII LIÇÃO

Filiação legítima, paterna e materna

SUMÁRIO – EFEITOS DO MATRIMÔNIO EM RELAÇÃO AOS FILHOS. A REGRA DE PAULUS: - "*SEMPER CERTA MATER EST, ETIAM SI VULGO CONCEPERIT: PATER VERO IS EST QUEM NUPTOE DEMONSTRANT*" (DIG. – *DE IN JUS VOCANDO* – L. II, T. IV, FR. 5º). – A CONCEPÇÃO E O NASCIMENTO – *AUT SEPTIMO, AUT PLENO DECIM.* – (PAULUS – SENT. RECEPT. – L.IV, T. IX, § 5). DIREITOS DOS FILHOS LEGÍTIMOS: ALIMENTOS E SUCESSÃO.

XLIV LIÇÃO

Agnatio e Cognatio. Afinidade e aliança

SUMÁRIO – O PARENTESCO *CIVIL* E *NATURAL*, PATERNO E MATERNO. *LINHAS* E *GRAUS.* MODIFICAÇÕES OPERADAS NO PARENTESCO AGNATÍCIO POR INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO. *GERMANIDADE, CONSANGÜINIDADE E UTERINIDADE. NOMEN GENTILITIUM.* REGRA DA AFINIDADE. O ENTRELAÇAMENTO DAS FAMÍLIAS PELO CASAMENTO DOS SEUS MEMBROS.

XLV LIÇÃO

Adoção e legitimação

SUMÁRIO – FICÇÃO DA PATERNIDADE. A ARISTOCRACIA ROMANA E O CULTO DOMESTICO. A *LEI PAPPIANA POPPOEA.* A ADOÇÃO COMO MEIO DE CORRIGIR A NATUREZA. ADOÇÃO DE *SUI JURIS (ADROGATIO),* SUAS FORMAS E EFEITOS. ADOÇÃO DE *ALIENI JURIS (ADOPTIO* PROPRIAMENTE DITA), SUAS FORMAS E EFEITOS. A *ADROGATIO* DOS IMPÚBERES, ADMITIDA POR ANTONINO PIO. REGRAS. A LEGITIMAÇÃO DE SUAS FORMAS: POR *SUBSEQÜENTE MATRIMÔNIO,* POR *OBLAÇÃO À CÚRIA* E EM VIRTUDE DE *RESCRIPTO DO IMPERADOR.* EFEITOS.

XLVI LIÇÃO

Pátrio poder

SUMÁRIO – CONCEITO ENTRE OS ROMANOS. OPINIÃO DE GAIUS (INST. – COMM. I, § 55). DEFINIÇÃO. CAUSAS DO PÁTRIO PODER *(JUSTOE NUPTIAE, ADOPTIO, LEGITIMATIO).* EVOLUÇÃO DO INSTITUTO ATRAVÉS DOS PRINCÍPIOS DOMINNTES DO *PAGANISMO, ESTOICISMO* E *CRISTIANISMO.* COMO TERMINAVA O PÁTRIO PODER.

XLVII LIÇÃO

Direitos do Pater-Familias. Mancipium

SUMÁRIO - DIREITOS DO *PATER-FAMILIAS* EM RELAÇÃO ÀS *PESSOAS* E AOS *BENS* DOS MEMBROS DE SUA *FAMÍLIA CIVIL (JUS VITAE NECISQUE, MANCIPIUM, NOXA, EXPONERE). MANCIPIUM* E A *SERVILIS CONDITIO* RESULTANTE *CAPTIS CONDITIO* RESULTANTE DE *CAPITIS DIMINUTIO MINIMA.* ANALOGIA COM A *DOMINICA PROTESTAS.*

XLVIII LIÇÃO

Pecúlios

SUMÁRIO – ORIGEM DA PALAVRA *PECULIUM,* SUA SIGNIFICAÇÃO ECONÔMICA E JURÍDICA. DIVISÃO *(ADVENTITIUM* E *PROFECTICIUM)* E SUBDIVISÃO *(CASTRENSE* E *QUASE-CASTRENSE).*

XLIX LIÇÃO

Dissolução do casamento pelo divórcio e por morte de um dos cônjuges

SUMÁRIO – O VÍNCULO MATRIMONIAL E A LEI DAS XII TÁBUAS. O PODER DO *PATER-FAMILIAS*, EM RELAÇÃO AO *DIVÓRCIO* DAS PESSOAS QUE LHE ESTAVAM SUJEITAS. REFORMAS DE ANTONINO PIO E MARCO AURÉLIO. ESPÉCIES DE DIVÓRCIO *(BONA GRATIA* E *REPUTIUM)*. FORMALIDADES DO DIVÓRCIO E A *LEI JULIA DE ADULTERIIS*. INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO SOBRE A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. A MULHER DIVORCIADA E A CONVOLAÇÃO DE NOVAS NÚPCIAS. CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DO DIVÓRCIO. *DISFARREATIO*.

L LIÇÃO

Tutela

SUMÁRIO – DEFINIÇÃO CLÁSSICA DE TUTELA. FUNÇÃO DO TUTOR. INCAPACIDADE DO PUPILO. ESPÉCIES DE TUTELA *(TESTAMENTÁRIA, LEGÍTIMA* E *DÁDIVA)*; SUBDIVISÕES. A TUTELA DAS MULHERES: ATOS QUE PRECISAM DA INTERVENÇÃO DO TUTOR E ATOS QUE DISPENSAM. EXCUSAS, REMOÇÃO E FIM DA TUTELA.

LI LIÇÃO

Curatela

SUMÁRIO – CONCEITO DE CURATELA. A *CURA, CURATIO* DAS XII TÁBUAS. DIFERENÇA ENTRE *CURATELA* E A *TUTELA*: A *AUCTORITAS* DO TUTOR E O *CONSENSUS* DO CURATOR. ESPÉCIES DE *CURATELA*: A DOS *MENORES*, DOS *DEMENTES*, DOS *PRÓDIGOS*, DOS *AUSENTES*, DA *HERANÇA JACENTE*, DO *NASCITURUS*. AS *CURATELAS AD CERTAM CAUSAM, IN LITEM* E *IN FACTUM*. A LEI *PLATORIA*. ESCUSAS, REMOÇÃO, FIANÇA E SUSPENÇÃO. TERMO DA *CURATELA*.

LII LIÇÃO

A propriedade. Os direitos reais

SUMÁRIO – ORIGEM DA PROPRIEDADE: COMUNISMO ANTIGO E A PROPRIEDADE PRIVADA. A INSTITUIÇÃO DA *MANCIPATIO; RES MANCIPI ET NEC MANCIPI*. PROPRIEDADE *QUIRITARIA* E PROPRIEDADE *BONITARIA*. O *JUS GENTIUM*. A PROPRIEDADE IMÓVEL. *LEIS AGRÁRIAS*. CONCEITO DOS DIREITOS REAIS, PONTOS DE CONTATO E DE SEPARAÇÃO ENTRE DIREITOS *REAIS* E *PESSOAIS*. DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS *DIREITOS REAIS*. NOÇÕES GERAIS SOBRE: - *SERVIDÕES PREDIAIS, SUPERFÍCIE, ENFITEUSE, PENHOR* E *HIPOTECA*.

LIII LIÇÃO

Domínio e condomínio. Modos de adquirir

SUMÁRIO – DISTINÇÃO ENTRE *DIREITO DE PROPRIEDADE* E *DOMÍNIO*, GÊNERO UM, ESPÉCIE OUTRO. DEFINIÇÃO. ELEMENTOS GERADORES DO DOMÍNIO *(JUS UTENDI, FRUENDI,*

E *ABUTENDI* OU *DISPONENDI).* DIVISÃO DO DOMÍNIO: *PLENO, MENOS PLENO, RESOLÚVEL.* CONDOMÍNIO OU SOCIEDADE NO DOMÍNIO. COMO SE ADQUIRIA DOMÍNIO NO DIREITO ANTIGO: *MANCIPATIO, MANCIPIUM, EMANCIPATIO, IN JURE CESSIO, SUB CORONA EMPTIO, BONORUM SECTIO* OU *VENDITIO* E *LEX.*

LIV LIÇÃO

Modos de adquirir por Direito Natural, das Gentes e Civil

SUMÁRIO – COMO SE ADQUIRIA O DOMÍNIO NO DIREITO MODERNO. DIFICULDADE DE INDICAR, COM PRECISÃO, OS MODOS DE ADQUIRIR POR DIREITO NATURAL E POR DIREITO DAS GENTES (INST. DE JUST. – L. I, T. II, PR. E § 1º, - L. II. T. I, § 11). MODOS *ORIGINAIS* E *DERIVADOS, A TÍTULO SINGULAR* E *A TÍTULO UNIVERSAL.* A *OCCUPATIO,* A *SPECIFICATIO,* A *ACCESIO,* A *TRADITIO,* A *ADJUDICATIO* E A *USUCAPIO.*

LV LIÇÃO

Occupatio e epecificatio

SUMÁRIO – A REGRA FUNDAMENTAL DA *OCCUPATIO: QUOD NULLIUS EST, ID RATIONE OCCUPANDI CONCEDITUR.* AS ILHAS QUE SE FORMAM NO MAR; AS COISAS MÓVEIS (INANIMADAS) ACHADAS NO MAR OU EM SUAS MARGENS; OS ANIMAIS SELVAGENS (CAÇA E PESCA); AS COISAS ABANDONADAS; OS TESOUROS. A *OCCUPATIO BELLICA.* A TRANSFORMAÇÃO DA MATÉRIA EM UMA NOVA ESPÉCIE. A CELEBRE CONTROVÉRSIA DOS SABINIANOS E PROCULIANOS: O PROPRIETÁRIO DA MATÉRIA E O ESPECIFICADOR. AS REGRAS – "*QUIA SINE MATERIA NULLA SPECIES EFFICI POSSIT*" – E "*RES EXTINCTOE VINDICARE NON POSSUNT*". A *BOA FÉ* COMO CRITÉRIO PARA RESOLVER A CONTROVÉRSIA. A ESPECIFICAÇÃO PARA TERCEIRO.

LVI LIÇÃO

Accesio

SUMÁRIO – A REGRA FUNDAMENTAL DA *ACCESIO "ACCESIO CEDIT PRINCIPATIA".* FRUTOS: *NATURAIS, INDUSTRIAIS* E *CIVIS.* ESPÉCIES DE ASCENSÃO: *ALUVIÃO* (DE IMÓVEL A IMÓVEL), *CONFUSÃO* DE MÓVEL A MÓVEL (*LÍQUIDOS* OU *LIQUEFEITOS*) – E *COMMIXTÃO* (DE MÓVEL A MÓVEL – *SÓLIDOS*). REGRAS DOMINANTES EM TODAS AS ESPÉCIES.

LVII LIÇÃO

Traditio e adjudicatio

SUMÁRIO – A REGRA FUNDAMENTAL DA *TRADITIO: "NEMO PLUS JURIS AD ALIUM TRANSFERRE POTEST, QUAM ET IPSE HABET".* – O *TRADENS* E O *ACCIPIENS. TRADITIO LONGA MANU* (REAL) E *TRADITIO BREVI MANU* (SIMBÓLICA). *CONSTITUM POSSESSORIUM.* CAUSA JUSTA. EFEITOS: O PREÇO NA COMPRA E VENDA. A *QUASE TRADITIO* DAS COISAS INCORPÓREAS. A *ADJUCATIO* E AS *JUDICIA LEGITIMA* E *JUDICIA IMPÉRIO CONTINENTIA.*

A *AJUCATIO* E AS *JUDICIA LEGITIMA* E *JUDICIA IMPERIO CONTINENTIA.* AS TRÊS AÇÕES DECORRENTES DA *ADJUCATIO: FINIUM REGUNDORUM, FAMILIOE ERCISCUNDOE* E *COMMUNI DIVIDUNDO.*

LVIII LIÇÃO

Servidões

SUMÁRIO – SIGNIFICADO DA PALAVRA *SERVITUS* E A APLICAÇÃO À PROPRIEDADE. DESMEMBRAMENTO DO *JUS IN RE* E AS SUAS FORMAS *NON FACIENDA* E *PATIENDO.* DIVISÃO DAS SERVIDÕES: *SERVITUTES PREDIORUM* OU *RERUM* E *SERVITUTES PERSONARUM* OU *HOMINIUM.* USUFRUTO, USO E HABITAÇÃO. SERVIDÕES URBANAS E RÚSTICAS.

LIX LIÇÃO

Enfiteuse. Penhor. Hipoteca

SUMÁRIO – DEFINIÇÃO DA *ENFITEUSE.* IDENTIDADE ENTRE ELA E *AGER VECTIGALIS* E *AGER EMPHYTEUTICARIUS.* DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO ENFITEUTA. COMO SE CONSTITUI E SE EXTINGUE. O *PIGNUS* E A *HIPOTECA*; A EVOLUÇÃO DE AMBOS. O CARÁTER ESSENCIAL PARA A CONSTITUIÇÃO DE UM E OUTRA. A CONVENÇÃO, O TESTAMENTO E A AUTORIDADE JUDICIAL. A HIPOTECA TÁCITA. CONCURSO DE CREDORES. COMO SE EXTINGUEM O *PENHOR* E A *HIPOTECA.*

LX LIÇÃO

Posse. Composse. Quase-posse

SUMÁRIO – CONCEITO DE *POSSE.* OBJETO. EFEITOS. É UM DIREITO OU UM FATO? DOUTRINAS DOS GLOSADORES, DE SAVIGNY E DE JHERING. O *ANIMUS* E O *CORPUS;* CONSTITUTO POSSESSÓRIO. TÍTULOS DE POSSE. ESPÉCIES. VÍCIOS DE POSSE. A COMPOSSE COMO TRANSPLANTAÇÃO DA IDÉIA DE *CONDOMÍNIO* PARA O REGIME DE *POSSE.* SITUAÇÃO JURÍDICA E DE FATO DOS COMPOSSUIDORES. COMO HARMONIZAR OS PRINCÍPIOS – "*INCERTAM PARTE POSSIDERE NEMO POTEST*" – E "*PLURES EANDEM REM IN SOLIDUM POSSIDERE NON POSSUNT*" - COM A IDÉIA DA *COMPOSSE?* AS FICÇÕES ROMANAS PARA ACOMODAR A IDÉIA DA *POSSE* AOS DIREITOS REAIS DE *SERVIDÃO* E *SUPERFÍCIE.*

LXI LIÇÃO

Interditos possessórios

SUMÁRIO – A *ACTIO* E O *INTERDICTUM.* FUNDAMENTO DOS INTERDITOS. TEORIAS ABSOLUTAS E RELATIVAS. FÓRMULAS. PROCESSO. DIVISÃO DOS *INTERDICTA.* O *INTERDICTO EXHIBITORIO* E O *HABEAS-CORPUS.* O *ADIPISCENDOE* VISAVA A POSSE OU O TÍTULO? QUAL A ORIGEM DAS EXPRESSÕES *UTI POSSIDETIS* E *UT URBI* PARA CARACTERIZAR OS INTERDITOS QUE TINHAM POR OBJETOS IMÓVEIS E MÓVEIS. QUAL O EFEITO, NA EXECUÇÃO, DOS INTERDITOS *DUPLICIOS?*

LXII LIÇÃO
A Usucapio

SUMÁRIO – DEFINIÇÃO DE MODESTINO. CONDIÇÕES PARA USUCAPIR. POSSE E TÍTULOS. TEMPO, BOA FÉ. PRESENTES E AUSENTES. DIVISÃO DA *USOCAPIO* AO TEMPO DE JUSTINIANO. DOUTRINA DOS GLOSADORES E ROMANISTAS POSTERIORES.

LXIII LIÇÃO
A sucessão hereditária. Novelas 118 e 127

SUMÁRIO – DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA NA LEI DAS XII TÁBUAS, NO DIREITO CLÁSSICO E NO DIREITO CRISTÃO. SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA. ORDEM DA SUCESSÃO NO DIREITO CRISTÃO. HERDEIROS. A *LEGITIMA PORTIO.* REFORMAS DE JUSTINIANO.

LXIV LIÇÃO
Sucessão testamentária. Testamento

SUMÁRIO – A VONTADE *LIVRE* E A *RESTRITA* DE DISPOR DOS BENS POR TESTAMENTO. NOÇÃO DE TESTAMENTO. *TESTAMENTI FACTIO ACTIVA* E *TESTAMENTI FACTIO PASSIVA.* CONDIÇÕES ESSENCIAIS PARA A VALIDADE DO TESTAMENTO. INSTITUTO DE HERDEIRO.

LXV LIÇÃO
Formas de testamentos

SUMÁRIO – O ANTIGO TESTAMENTO EM ROMA: TRANSMISSÃO *INTERVIVOS. TESTAMENTUM CALATIS COMITIIS, TESTAMENTUM IN PROCINECTU, TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM* (FORMAS ANTIGAS); A *BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS,* SEM *MANCIPATIO* E *NUNCUPATIO* (FORMA *PRETORIANA*). AS REFORMAS DE TEODÓSIO II E DE JUSTINIANO. *TESTAMENTUM PUBLICUM, TESTAMENTUM PRIVATUM, TESTAMENTUM NUNCAPATIVUM, TESTAMENTUM HOLOGRAFUM* E *ALLOGRAPHUM, TESTAMENTUM MYSTICUM* (TESTAMENTOS ORDINÁRIOS), *TESTAMENTUM MILITARI, TESTAMENTUM RURI CONDITUM, TESTAMENTUM TEMPORE PESTIS* E *TESTAMENTUM PARENTUM INTER LIBEROS* (TESTAMENTOS EXTRAORDINÁRIOS OU PRIVILEGIADOS).

LXVI LIÇÃO
Nulidade dos testamentos

SUMÁRIO – CAUSAS QUE ANULAM O TESTAMENTO. OS TESTAMENTOS CHAMADO *INJUSTUM* OU *NON JURE FACTUM, RUPTUM, DESTITUTUM* OU *DESERTUM* E *INOFICIOSUM.*

LXVII LIÇÃO

Hereditas delata e acquisita

SUMÁRIO – A SUCESSÃO HEREDITÁRIA SUPÕE SEMPRE UM PATRIMÔNIO CUJO DONO FALECEU: *HEREDITAS VIVENTIS NON DATUR.* A REFORMAS DA NOVELA 115 DE JUSTINIANO E A REGRA – *NEMO PRO PARTE TESTASTUS, PRO PARTE INTESTASTUS DECERE POTEST.* A *DELAÇÃO* OU A FACULDADE DE CHEGAR A SER HERDEIRO E A *AQUISIÇÃO* POR UMA DAS FORMAS – *ADGNITIO, ADITIO* E *PRO HEDERE GESTIO.* O *NASCITURUS.*

LXVIII LIÇÃO

Codicilo e cláusula codicilar

SUMÁRIO – O TESTAMENTO NÃO FORMAL, SUA ORIGEM E ESSÊNCIA. A INSTITUIÇÃO DE HERDEIRO E A DESERDAÇÃO. A CLÁUSULA CONSIGNADA NO TESTAMENTO DE QUE SE FALHAR COMO *TESTAMENTO,* VALHA COMO *CONDICILO.* EFEITOS DA *CLÁUSULA CODICILAR.*

LXIX LIÇÃO

Legados

SUMÁRIO – FUNDAMENTO DA LEI DOS LEGADOS. AS FORMAS ANTIGAS DOS LEGADOS *DONATIO MORTIS CAUSA.* LEGADOS *ESPECIAIS* E *GERAIS.* CONSTITUIÇÃO DOS LEGADOS *(O LEGADO DA COISA HIPOTÉTICA, O ERRO DOS NOMES, A FALSA CAUSA, CLÁUSULAS IMPOSTAS À ALIENAÇÃO).* REVOGAÇÃO DOS LEGADOS. DIREITO DE ACRESCER.

LXX LIÇÃO

Substituições

SUMÁRIO – CONCEITO DAS SUBSTITUIÇÕES NO DIREITO HEREDITÁRIO. DIVISÃO: *SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA, SUBSTITUIÇÃO VULGAR, SUBSTITUIÇÃO PUPILAR, SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR.*

LXXI LIÇÃO

Substituição fideicomissária. Fideicomisso

SUMÁRIO – DEFINIÇÕES. FIDEICOMISSOS UNIVERSAIS, CONDIÇÕES PARA A SUA EXISTÊNCIA E AQUISIÇÃO. EFEITOS – FIDEICOMISSOS DE FAMÍLIA. O FIDEICOMISSÁRIO E O FIDUCIÁRIO, DIREITOS E DEVERES. DIFERENÇAS ESPECÍFICAS ENTRE SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA E FIDEICOMISSO; ENTRE FIDEICOMISSO E USUFRUTO. MORTE DO FIDEICOMISSÁRIO.

LXXII LIÇÃO

Hereditas Jacens e Hereditas Vacans

SUMÁRIO – PERSONALIDADE JURÍDICA: DIREITOS E DEVERES DA *HERANÇA JACENTE.* ACCEÇÕES E FRUTOS. POSSE DA HERANÇA VAGA. A *ADDITIO* E O DIREITO DO *FISCO* À REIVINDICAÇÃO DOS BENS DEIXADOS. A *HEREDITAS VENDITA,* ANTES E DEPOIS DA ADIÇÃO: REGRAS DE GAIUS E DE ULPIANUS. A CÉLEBRE CONTROVÉRSIA ENTRE PROCULIANOS E SABINIANOS *(SEMEL HERES, SEMPER HERES). IN JURE CESSIO E EMPTIO REI SPERATOE.*

LXXIII LIÇÃO

Obrigações. Contratos verbis e litteris – Pactos Senatusconsultus e Velleiani

SUMÁRIO – ESPÉCIES DE OBRIGAÇÕES. POSSIBILIDADE E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA E NATURAL. CONTRATOS; CONDIÇÕES GERAIS PARA SUA VALIDADE. O *ATO* E A *FORMA.* CLÁUSULAS ADJETAS. OS ROMANOS COMPREENDIAM A POSSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE *AUTOCONTRATOS?* A REGRA "*HOMO PLURES PERSONAS SUSTINERE POTEST*". *PACTOS.* PRIVILÉGIOS. O BENEFÍCIO OUTORGADO ÀS MULHERES.

LXXIV LIÇÃO

Aquisição e cessão das obrigações. Senatusconsultus Macedonianum. Lei Licínia. Constituição Anastasiana

SUMÁRIO – EM PRINCÍPIO, AS OBRIGAÇÕES ERAM INTRANSMISSÍVEIS. A *PROCURATIO IN REM SUAM* E A *DELEGATIO.* PROIBIÇÃO DECORRENTE DO *SENATUSCONSULTUS MACEDONIANUM.* A CESSÃO *AD POTENTIOREM* DAS AÇÕES DIVISORIAIS; REGRA DA LEI LICÍNIA. GENERALIZAÇÃO DA REGRA POR DIOCLECIANO E CONSTANTINO (CÓD. – L. 2°, T. 14, CONT. 2ª), CONFIRMADA PELA DE JUSTINIANO CÓD. – LOC. CIT. – CONT. 23). REGRA: QUANDO SE CEDE UMA AÇÃO POR DINHEIRO, NÃO PODE O CESSIONÁRIO PEDIR AO DEVEDOR O PAGAMENTO DE MAIOR IMPORTÂNCIA A QUE PAGOU AO CEDENTE E OS JUROS.

LXXV LIÇÃO

Lei Aquília. Damnum injuria datum. Dolo. Culpa. Mora

SUMÁRIO – OBRIGAÇÕES LEGAIS *(EX-QUASE-CONTRATO, EX-DELITO, EX-QUASE DELITO).* A LEI DAS XII TÁBUAS E O PLEBISCITO CHAMADO *LEI AQUÍLIA. INJÚRIA,* SEUS ELEMENTOS *CORPUS LAESUM CORPORE).* DANO. CARÁTER DO *DOLUS* E DA *CULPA.* ESPÉCIES DE *DOLUS,* GRAUS DE *CULPA.* CRÍTICA AO PRINCÍPIO DE ULPIANUS – "*IN LEGE AQUILA ET LEVISSIMA CULPA VENIT*" – DIG.L. IX, T. I, FR. 44 PR.) – CULPA CONTRATUAL, CONSEQÜÊNCIAS DE INE-

XECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE DIREITO ESTRITO. MORA *EX-RE* E *EX-PERSONA*. CRÍTICA. A MORA É UMA RELAÇÃO SUBJETIVA E NÃO SUBJETIVA. EXCEÇÕES. *MORA DEBITORIS E CREDITORIS.*

LXXVI LIÇÃO

Extinção das obrigações. Prescrição liberatória. Obrigações naturais

SUMÁRIO – CONCEITO DE *SOLUTIO, NOVATIO, ACCEPTILLATIO, COMPENSATIO* E *DEDUCTIO. PAGAMENTO. STIPULATIO POENOE.* PRESCRIÇÃO AQUISITIVA E LIBERATÓRIA. FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO, DOUTRINADOS ROMANISTAS (REMISSÃO DA DÍVIDA E DERRELIÇÃO DA COISA): *DORMIENTIBUS NON SUCCURRIT JUS.* OBRIGAÇÕES NATURAIS E DEVERES DE CONSCIÊNCIA. DOUTRINA DE WINDSCHEID E MAZZONI. A AÇÃO E O CONTEÚDO DA OBRIGAÇÃO NATURAL. *REPETITIO INDEBITI* E *SOLUTIO RETENTIO.*

. . . .

4ª PARTE

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. AÇÕES

LXXVII LIÇÃO

Organização judiciária. Ações in rem, in personam e tam in rem quam in personam

SUMÁRIO – O PODER JUDICIÁRIO NAS TRÊS FASES DA EVOLUÇÃO DO DIREITO JUDICIÁRIO. A *FÓRMULA* E O *JÚRI.* CARÁTER DAS AÇÕES MISTAS. O AUTOR E O RÉU. OUTRAS FIGURAS NO PROCESSO. O *PROETOR* E O *JUDEX* NO *PROCESSO FORMULÁRIO.* RECURSOS E EXECUÇÃO DOS JULGADOS.

LXXVIII LIÇÃO

Ações civis e honorárias. Noções de reivindicação, de petição de herança, da negatória, da confessória, da publicana e da paulina

SUMÁRIO – REAÇÃO DO DIREITO DA PROPRIEDADE, EM GERAL, E DE CADA UM DOS SEUS ELEMENTOS COMPONENTES. A PROTEÇÃO DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO PRETORIANO. DIVISÃO DAS AÇÕES SOB O PONTO DE VISTA DO DIREITO QUE AS FACULTA. AÇÕES *IN REM CIVILES (REIVINDICATIO, NEGATÓRIO, CONFESSÓRIO, E FAMILIOE ERCISCUNDOE)*; AÇÕES HONORÁRIAS (*FICTICIA* E *IN FACTUM). AÇÕES IN PERSONAM CIVILES (CONDITIO CERTAE CREDITAE, CONDITIO CERTA RES, VEL CRITICARIA E CONDITIO INCERTI)* E AÇÕES HONORÁRIAS *(PAULIANA, DOLO E METUS CAUSA).* OUTRAS DIVISÕES E CARACTERÍSTICAS.

LXXIX LIÇÃO

Exceção. Origem e desenvolvimento. Efeitos das exceções

SUMÁRIO – AS EXCEÇÕES NASCERAM DO *DIREITO FORMULÁRIO* E PRINCIPALMENTE DO *EDICTUM PERPETUUM.* DIVIDEM-SE, COMO AS AÇÕES, EM *CIVIS* E *PRETORIANAS*; FUNDAM-SE EM RAZÕES DE EQÜIDADE, UMAS, E, OUTRAS, EM RAZÕES DE UTILIDADE GERAL. SÃO ESPÉCIES DA PRIMEIRA CLASSE: AS *DOLI E METUS CAUSAE* – E DA SEGUNDA: *REI JUDICATAE.* – SENATUSCONSULTUS *MACEDONIANUM* E *VELLEIANUM.* EXCEÇÕES *REI COHOERENTES* E *PERSONAE COHOERENTES: PERPÉTUAS* E *TEMPORAIS*, OU *PEREMPTÓRIAS EDILATÓRIAS.* EFEITOS DE UMAS E OUTRAS.

LXXX LIÇÃO

Restitutio in integrum

SUMÁRIO – DIVISÃO DAS PESSOAS PARA O EFEITO DA *RESTITUTIO.* A LEI *PLOETORIA.* A *JUDICIUM PUBLICUM.* AS VÁRIAS ESPÉCIES DE CURATELA. CASOS EM QUE SE DAVA A *RESTI-*

TUTIO. O SEU PRINCÍPIO FUNDAMENTAL. REMODELAÇÃO AO TEMPO DE DIOCLECIANO. A MINORIDADE, A VIOLÊNCIA, O DOLO, O ERRO, A *CAPITIS DIMINUTIO MINIMA,* A AUSÊNCIA, A ENFERMIDADE DE ESPÍRITO. OS MAIORES. PRAZO PARA A CONCESSÃO DA *RESTITUTIO.* PROCESSO. EFEITOS EM RELAÇÃO AO RESTITUTIO E AOS TERCEIROS. O *FIDIJUSSOR* E O CREDOR PIGNORATÍCIO.

As preleções serão ministradas mediante consulta, em aula, ao Corpus Juris Civilis e aos grandes monumentos indicados na parte histórica, existentes na Biblioteca da Faculdade.

O professor catedrático,
Dr. Abelardo Saraiva da Cunha Lobo.

Nota sobre o Autor

ABELARDO *(Saraiva da Cunha)* Lobo *nasceu em São Luís do Maranhão em 24-1-1869 e faleceu no Rio de Janeiro em 12-5-1933. Filho de Cândido Emídio Pereira Lobo Júnior e de Maria Benedita da Cunha Lobo. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito do Recife, em 10 de novembro de 1888. Doutorou-se na mesma Faculdade, em 24 de dezembro de 1889. Nomeado em 24 de janeiro de 1890, aos 21 anos de idade, para o cargo de Juiz Municipal da Comarca de Barra do Corda (Maranhão). Mudou-se para o Rio de Janeiro em 1891, sendo nomeado cônsul em Vera Cruz, no México, posto ao qual renunciou porque o Marechal Diodoro da Fonseca havia dissolvido o Congresso Nacional, e ele, Abelardo Lobo, fora contrário a esse golpe. Casou-se com Alzira Mesquita Bastos, em 18 de novembro de 1893, no Rio de Janeiro. Militou na advocacia. Foi o primeiro colocado no concurso público para Professor Substituto da 3.ª seção da antiga Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, que compreendia as disciplinas Direito Romano, Direito Internacional Privado e História Geral do Direito, sendo nomeado incontinênti professor de Direito Romano. Participou*

de vários congressos internacionais e pronunciou inúmeras conferências. Seu Curso de Direito Romano, *em sete volumes (só publicou os quatro primeiros que abordam a parte histórica, muito divulgados nos meios jurídicos da Europa e América). Com a República, foi eleito constituinte pelo seu estado natal. Nomeado pelo Governo Provisório membro da Subcomissão Legislativiva de Processo Civil, é escolhido presidente dessa Subcomissão pelos seus pares, professores Filadelfo Azevedo e Pereira Braga, dando eficaz colaboração na "Primeira Parte" do Código de Processo Civil. Doutor* honoris causa *pela Universidade de Buenos Aires (Argentina), e de San Marcos, de Lima (Peru). Grande Oficial da Ordem do Sol (Peru).*

Abelardo Lobo torna-se-ia um dos principais pioneiros dos estudos do Direito Romano entre nós. Participou ativamente da Escola do Recife, associando seu nome aos dos intelectuais de nomeada como Tobias Barreto, Sílvio Romero, Clóvis Beviláqua, Capistrano de Abreu, Graça Aranha, Urbano Santos, Artur Orlando, Araripe Júnior, Gumercindo Bessa, Martins Júnior...

O Curso de Direito Romano, *de Abelardo Lobo, é um clássico, entre nós, escrito à intenção de seus alunos. O Curso reflete uma grande cultura e erudição, e é o segundo a ser escrito no Brasil, sendo antecedido apenas pela* História Interna do Direito Romano Privado, *de outro maranhense, Luís Antônio Vieira da Silva, formado em Direito e Cânones pela Universidade de Heidelberg, na Alemanha.*

O Conselho Editorial do Senado da República estima, assim, prestar um relevante serviço à cultura jurídica nacional ao editar essas duas obras, colocando-as à disposição da comunidade jurídica em geral, e dos romanistas em particular.

Para a presente edição, os volumes do Curso de Direito Romano *foram reunidos em apenas um.*

Curso de Direito Romano, de Abelardo
Saraiva da Cunha Lobo, foi composto em Garamond,
corpo 12, e impresso em papel vergê areia $85g/m^2$, nas
oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do
Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em
setembro de 2006, de acordo com o programa editorial
e projeto gráfico do Conselho Editorial do Senado Federal.

Abelardo (Saraiva da Cunha) *Lobo* nasceu em São Luís do Maranhão em 24-12-1869 e faleceu no Rio de Janeiro em 12-5-1933. Filho de Cândido Emídio Pereira Lobo Júnior e de Maria Benedita da Cunha Lobo. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito do Recife, em 10 de novembro de 1888. Doutorou-se na mesma Faculdade, em 24 de dezembro de 1931. Nomeado em 24 de janeiro de 1890, aos 21 anos de idade, para o cargo de Juiz Municipal da Comarca de Barra do Corda (MA). Mudou-se para o Rio de Janeiro em 1891, sendo nomeado cônsul em Vera Cruz, no México, posto ao qual renunciou porque o Marechal Diodoro da Fonseca havia dissolvido o Congresso Nacional, e ele, Abelardo Lobo, fora contrário a esse golpe.

Seu *Curso de Direito Romano*, em sete volumes (só publicou os quatro primeiros que abordam a parte histórica), foi muito divulgado nos meios jurídicos da Europa e América. Com a República, foi eleito constituinte pelo seu estado natal.

Abelardo Lobo torna-se-ia um dos principais pioneiros dos estudos do Direito Romano entre nós. Participou ativamente da Escola do Recife, associando seu nome aos dos intelectuais de nomeada como Tobias Barreto, Sílvio Romero, Clóvis Beviláqua, Capistrano de Abreu, Graça Aranha, Urbano Santos, Artur Orlando, Araripe Júnior, Gumercindo Bessa, Martins Júnior, e outros.

O *Curso de Direito Romano*, de Abelardo Lobo, obra inacabada, é um clássico, entre nós, escrito à intenção de seus alunos. O *Curso* reflete uma grande cultura e erudição, e é o segundo a ser escrito no Brasil, sendo antecedido apenas pela *História Interna do Direito Romano Privado*, de outro maranhense, Luís Antônio Vieira da Silva, formado em Direito e Canônes pela Universidade de Heidelberg, na Alemanha.

O Conselho Editorial do Senado da República estima, assim, prestar um relevante serviço à cultura jurídica nacional ao editar esta obra, colocando-a à disposição da comunidade jurídica em geral, e dos romanistas em particular.